



Owen M. Fiss

Megosztott liberalizmus

A szólásszabadság és az államhatalom
sokféle arca



Complex

Szerző:

Owen M. Fiss

A fordítás az alábbi kiadás alapján készült:

Owen M. Fiss: *Liberalism Divided. Freedom of Speech and the Many Uses of State Power.*
Első kiadás 1996-ban párhuzamosan az Egyesült Államokban: Westview Press, Inc.,
Boulder, Colorado; és az Egyesült Királyságban: Westview Press, Cumnor Hill, Oxford.

The translation is based on the following edition:

Owen M. Fiss: *Liberalism Divided. Freedom of Speech and the Many Uses of State Power.*
Published in 1996 in the United States of America by Westview Press, Inc., Boulder,
Colorado, and in the United Kingdom by Westview Press, Cumnor Hill, Oxford.

Copyright © by Westview Press, a Member of Perseus Books Inc.

Fordította:

Hammer Ferenc

A fordítást lektorálta és a magyar kiadás utószavát írta:
Koltay András

Sorozatszerkesztők:

Koltay András

Nyakas Levente

© Hammer Ferenc (magyar fordítás), Koltay András (utószó), Budapest, 2013
© Wolters Kluwer Kft., Budapest, 2013

A Wolters Kluwer Kft. az 1795-ben alapított Magyar Könyvkiadók és Könyvterjesztők
Egyesületének a tagja.

Tartalomjegyzék

Bevezetés.....	9
1. Szabad szólás és társadalmi struktúra.....	17
2. Miért az állam?.....	49
3. Csend az utcákon.....	71
4. Szabadság és feminizmus.....	99
5. Állami aktivizmus és állami cenzúra.....	129
6. A helyes semlegesség.....	155
7. Szabad szólás és az előzetes korlátozás doktrína.....	171
8. A szabad sajtó építése.....	193
Köszönetnyilvánítás.....	219
Kötetünk a szabadság és egyenlőség között (Utószó, Kollay András).....	221
A szerzőről.....	235
Név- és tárgymutató.....	237

A liberálisok hadban állnak saját magukkal. Voltak idők, amikor a szolásszabadság ügye egy táborban tartotta őket, ám ma épp a szolásszabadság a liberálisok közötti választóvonalak, illetve konfliktusok forrása.

Az ötvenes években, a hidegháború legzordabb napjaiban a politika az államap-

parátus segítségével igyekezett megvédeni az országot az ellenséges felforgatástól

és a kommunizmus veszedelmétől. Az Egyesült Államok Kommunista Pártja és

vezetői ellen büntetőeljárás indult, és számtalan pártszimpatizánst távollítottak el

kormányzati állásokból. Mindez nem valamiféle nyílt államellenes tevékenység

miatt lett osztályrészük, hanem mert a fennálló társadalmi rendet bíráló elképze-

léseket támogattak. A liberálisok elítélték az államhatalom efféle gyakorlatát, és

ehhez az Elő Alkotmánykiegészítést és annak a szabad szótól szavazó rendel-

kezést hívták segítségül. Leszögezték, hogy a szolásszabadságot korlátozó intéz-

kedések indokál szolgálati feladatok jócskán túlzásnak tekinthetők, és hogy ezek az

intézkedések a fennálló rend erőteljes bírálatainak elhallgatásával fenyegettek.

A hatvanas években ismét csak egyetemben voltak a liberálisok a szolásszabad-

ság zászlaja alatt. Ekkor olyan, az amerikai Dél sok államában, illetve egyes helyi

szinteken felbukkant törvények ellen léptek fel, melyek igyekeztek az emberi

jogi mozgalmat és a nyomában megjelenő tiltakozáshullámot, illetve tüntetéseket

elhallgattatni. A liberálisok csaknem egyhangúlag azt rőták fel panaszul, hogy

és törvények az államhatalmat a nyilvános kritika elhallgatására használják,

és így ellentétesek az Elő Alkotmánykiegészítésben foglalt, a szolásszabadságot

védő elvekkel. Ezen álláspont kialakítása során a liberális politikaelméletre, illetve

annak az egyéni szabadságjogokra és a korlátozott állam eszményére alapozó ösz-

szegzésére támaszkodtak.

Az elmúlt huszonöt évben* az Elő Alkotmánykiegészítésre hivatkozó, a szolás-

szabadság érvét alkalmazó célkitűzések alaposan megváltoztak, és mely repedések

keletkeztek az egykori liberális konszenzuson. Az igazsághoz hozzátartozik, hogy

* A munka 1996-ban jelent meg. A ford.

a hagyományos ellentétek közül egyesek fennmaradtak, és e kérdésekben a liberálisok összetartanak. Ezek egyike a *Pentagon-iratok* néven ismert 1971-es ügyszöveghez kapcsolódik, melyet a hetedik fejezetben tárgyalok ebben a könyvben. Ebben az esetben a Nixon-kormányzat megkísérelte megakadályozni az ország vezető lapjait egy, az USA vietnami tevékenységét tárgyaló titkosított tanulmány közreadásában, és a liberálisok egyöntetűen magasztalták a Legfelső Bíróság ítéletét, amely megakadályozta az efféle cenzúrát. Az egység ilyen pillanatai azonban kivételnek számítottak a hetvenes-nyolcvanas években. A liberálisok többnyire mélyen megosztottak voltak az e korszak politikai jellegét alapjaiban meghatározó ügyekben. Ezek azok a vitatott kérdések, amelyek az elmúlt években legjobban megragadták az érdeklődésemet, és e kérdéseket járom körül e kötet esszéiben.

A legutóbbi időszak egyik legfontosabb szólásszabadsági ügye ahhoz a törvényhozási programhoz kötődik, amely korlátozná a politikai kampányokra elkölthető összegek nagyságát. Egy másik vitatott kérdés az, hogy politikai aktivisták az államhatalom révén hozzáférhessenek-e a bevásárlóközpontok adta nyilvánossághoz, hogy ott hirdethessék elképzeléseiket. E nyilvános terek magántulajdonban vannak, azonban a nyilvánosság fontos színtereivé váltak a jelenkori Amerikában. A hetvenes és a nyolcvanas évekre azok az elkecsereedett sajtószabályozási viták is rányomták bélyegüket, amelyekben nem a Pentagon-iratok ügyéhez hasonló tartalmi korlátozás volt a tét, hanem hogy a közvélemény a nézőpontok megfelelő sokféleségével találkozasson a sajtóban. Politikai aktivisták keresték üzeneteikkel a bejáratot a médiába, és meg voltak győződve arról, hogy az államnak kell a médiát úgy szabályoznia, hogy abban megjelenhessen az egymással ütköző érvek sokasága.

Mindezekben az esetekben számomra fontos kérdés volt a gazdasági és a politikai hatalom kapcsolata, illetve hogy e kapcsolatot miként befolyásolja az Első Alkotmánykiegészítés. Az első három fejezet – *Szabad szólás és társadalmi struktúra*, *Miért az állam?* és *Csend az utcákon* – tárgyalja a gazdasági és a politikai hatalom összefüggéseit, illetve hogy milyen változások voltak megfigyelhetők a hetvenes-nyolcvanas években a Legfelső Bíróság e kérdésekkel kapcsolatos bíráskodási gyakorlatában. Az utolsó fejezet – *A szabad sajtó létrehozása* – az 1989-es európai forradalmakra reflektálva tárgyalja a gazdasági hatalom szólásszabadságra gyakorolt feltételezhető hatását olyan társadalmakban, melyek épp egy diktatúrából tartanak a demokrácia felé.

A hatalmi egyenlőtlenségek inkább származhatnak társadalmi, mint gazdasági okokból, és az elmúlt években a liberálisok megosztottak voltak abban, hogy a hatalmi egyenlőtlenségek társadalmi okait miként kell a szólásszabadság szempontjából számba venni. Ezen viták egyike a pornográfiához kötődik. Az 1950–60-as években a Legfelső Bíróság megalkotta az „obszcenitás” alkotmányos definícióját, hogy segítségével féken tartsa a szexuálisan szókimondó tartalmak állami szabályozását. Csak azon könyvek, magazinok és filmek voltak száműzve a nyilvánosságból, amelyek megfeleltek ezen szűken mért obszcenitás-definíciónak. Míg a

konzervatívok fennhangon követelték, hogy az állam rendelkezzen azzal a joggal, mellyel megvédeni a szexuális erkölcsöket, és ilyenformán elítélték a Legfelső Bíróság hozzáállását, a liberálisok egyöntetűen méltatták a Warren bíró által vezetett bíróság erőfeszítését, melyet a pornográfia cenzúrájának korlátozása érdekében tett, és a hatvanas évek végének szexuális politikáját a személyes szabadságjogok és a politikai szabadság forrásának látták.

Ugyanakkor a feminista évek vége és a nyolcvanas évek eleje tájékan – amúgy hosszú ideje a liberális koalíció oszlopos tagjaként – egy új kampány indítottak a pornográfia ellen, és ennek eredményeképp a pornográfiaval összefüggő jogi szabályozás a liberáliszmus újabb vitátort területet lett. A pornográfia ellen kezdett új kampány különbözött a korábbi, hasonló témában indított kezdeményezésektől, melyek a hagyományos szexuális normák nevében utasították el a pornográfiait. A feminista ezúttal a női egyenjogúság elérésének eszközeként alkalmazták a pornográfia elleni fellépést. Ahogy azt részletesebben tárgyalom esszémben, amely a *Szabadság és feminizmus* címet viselő negyedik fejezet a könyvben, a feminista mozgalom számos vezetője leszögezte, hogy a pornográfia erotikázza a nők feletti uralmat, és a nőket férhassználatra való szexuális tárgyakká változtatja, mely eljárás részben felelős a nők alávetettségéért a személyes és a nyilvános szférában egyaránt.

Hasonló, a háttérben lévő társadalmi csoportok helyzetét befolyásoló nyilvános megnyilatkozásokkal kapcsolatos aggodalom vezetett az úgynevezett gyűlöletbeszéd szabályozásával kapcsolatos figyelem újraéledéséhez, jóllehet a pszichológiai folyamata, mely révén a gyűlöletbeszéd kifejtéi káros hatást, különösen a pornográfia káros hatásait, és az ilyen módon állítólag áldozatá telt csoportok nem a nők, hanem a bírzsín és vallás alapján azonosított kisebbségi társadalmi csoportok. A hatodik fejezet tárgyalja a gyűlöletbeszéd korlátozhatóságának körülményeit, mely elgondolás a Legfelső Bíróság nevezetes 1992-es *R.A.V. v. St. Paul, Minnesota* ügyéből indul ki. Csakúgy, mint a pornográfia esetében, a kérdés ezúttal is az, hogy a gyűlöletbeszéd korlátozása összeegyeztethető-e a szólásszabadsággal. A liberálisok ebben a kérdésben is elkeseredett küzdelmeket vívtak egymással.

Ismét csak vitázni kezdtek, amikor a modern állam által finanszírozott megnyilatkozások kerültek a terükre. A hetvenes és a korai nyolcvanas években az volt a fő vitakérdés, hogy az állami finanszírozást iskolák milyen körülményeket vásárolhatnak maguknak, illetve könyvtárak számára, míg manapság az a dilemma, hogy az állam miként finanszírozhatja a művészetet és a köztelevíziót. A liberálisok hagyományosan úgy tekintettek az Elso Alkotmánykiegészítésre, mint az egyént védő pajzsra, amely az állampolgárt védi az állam részéről történő illetékleten beavatkozástól, ám a szólásszabadság e fellogása egyre kevésbé volt alkalmas a megfelelő álláspont kialakítására, amikor nem állami beavatkozás, hanem állami újraelosztás volt a vita tárgya. Az újraelosztó tevékenység szükségképpen folyamatos együttműködést tesz szükségessé az állam és az állampolgárok között, és az

államnak kell döntést hozni arról, hogy a versengő elképzelések közül melyeket fogja támogatni.

Egyes liberálisok válasza az volt erre a dilemmára, hogy az állam úgy, ahogy van, vonuljon ki nyilvános megnyilatkozások finanszírozásának területéről, és hagyjon fel ezzel a tevékenységgel. Érveik szerint a finanszírozás összeegyeztethetetlen az államnak abbéli kötelességével, hogy pártatlannak kell lennie, és nem favorizálhat egyes állampolgári nézeteket másokkal szemben. Mások visszautasították az efféle költségcsökkentő terveket, mondván, az állam által működtetett és finanszírozott iskolák és könyvtárak fontos módokon járultak hozzá az amerikai közélethez és politikai szabadsághoz. Érveik szerint az ilyen állami szerepvállalás felszabadítja a nyilvános megnyilatkozásokat és a kultúrát a piac közvetlen befolyása alól. Ám még a liberálisok ezen csoportján belül is éles viták folynak azon alkotmányos irányelvekről, melyek e kultúrafinanszírozó programok bírósági felügyelete alapjául szolgálnak. Hogy tartható fenn az állami semlegesség ezen a területen? Ezt a kérdést tárgyalom az *Állami aktivizmus és állami cenzúra* című ötödik fejezetben, mely írás apropója a Nemzeti Művészeti Alap (*National Endowment for the Arts*) egy döntése feletti vita volt 1989-90-ben arról, hogy támogathatta-e az Alap Robert Mapplethorpe fotóművész egy kiállítását.

Az 1970-80-as évek szólásszabadság-vitái a liberális körökön belül részben a liberalizmus mint politikai filozófia érettebbé válásának köszönhetőek. Míg a 19. században a liberalizmus szinte egyet jelentett az egyéni szabadságjogoknak az állam ellenében való védelmével, napjainkban a liberalizmus felhatalmazása jóval több területre terjed ki. A liberalizmus manapság, legalábbis ahogy azt az Egyesült Államokban művelik, legalább annyira szolgálja az egyenlőtlenségek csökkentését, mint a szabadság védelmét.

A jog területén ez az ideológiai irányváltás az 1860-as évek polgárháborús alkotmánykiegészítéseiig vezethető vissza, melyek eltörölték a rabszolgaságot, és minden polgár számára a törvény egyenlő oltalmát kínálták. E folyamat még ennél is fontosabb elemének tekinthető a *Brown v. Board of Education* eset az ötvenes évek közepe táján, és az általa elindított forradalom az amerikai jogban. A *Brown*-eset átalakította az alkotmányos rendet és az azt működtető politikai filozófiát azon megfontolás alapján, hogy az egyenlőség éppoly súlyos nyom a latban az alkotmányban, mint a szabadság.

A jogtudományban a liberalizmus változása legtisztábban John Rawlsnak, korunk egyik legfontosabb filozófusának munkájában érhető tetten. Az *igazságosság elmélete** (*A Theory of Justice*, megjelent 1971-ben) című munkájában sok fontos területen járult hozzá a liberális elmélethez, azonban talán legfontosabb ezek közül az általa a „különbségek elvének” nevezett elképzelés megfogalmazása és

* John RAWLS: *Az igazságosság elmélete*. Budapest, Osiris, 1997.

megindokolása. Ezen elv a legrosszabb helyzetben lévő társadalmi csoport javára igazdigrította a liberális hitvallást. Más vezető liberális jogtudósok munkáiban Ronald Dworkin [*Vegyűk komolyan a jogokat*] (Taking Rights Seriously),* 1977; és Elvi kérdés (A Matter of Principle), 1982; Thomas Nagel [*Egyenlőség és elfogultság*] (Equality and Partiality), 1991] és Bruce Ackerman [*Társadalmi igazságosság a liberális államban*] (Social Justice in the Liberal State), 1980] munkáiban az egyenlőség elve más, de nem kevésbé hangsúlyos formában nyert indoklást.

Ily módon az egyenlőség a liberáliszmus egyik alapvető céljává vált. A liberális elmélet hagyományos köődése az állami minimalizmushoz ennek folyamánvala képp valamelyest meggyengült. A korlátozott állam lehet a szabadságjogok kiterjesztésének eszköze, de mint arra sokan rámutattak, az egyenlőség elvéü célkitűzésék gyakran az államhatalom erős gyakorlását követelik meg, beleértve a szólás és az önkifejező cselekvések korlátozását is. Azok, akik például támogatják a pornográfiát és a gyűlöletbeszéd korlátozását, el szokták mondani, hogy a szabadságot olykor fel kell áldozni azért, hogy a hátrányos helyzetben lévő társadalmi csoportokat meg lehessen védeni a társadalmi megbélyegzésről és alárendeltségről. Hasonló egyenlőség elvü indítással alapján vitáznak a kampányfinanszírozásról, a bevásárlóközpontokról mint nyilvános terekről, az elektronikus médiaszabályozásról, továbbá a művészet, az oktatás vagy a könyvtárak számára nyújtott támogatás szabályozásáról. Az állam ilyen cselekvése azt a célt szolgálja, hogy a hátrányos társadalmi helyzetben lévőeknek ahhoz hasonló megnyitakozási lehetőségeket adjon, mint amelyek a gazdaságok rendelkezésére állnak. Sok liberális kiáll az állami beavatkozás, mint az egyenlőség megvalósításának eszköze mellett, annak ellenére, hogy ez az elképzelés magában foglalja az egyéni szabadság feladozását, különös tekintettel annak szabadságára, hogy tulajdonát vagy bármilyen más gazdasági forrását bárki szabadon az általa választott politikai célra fordíthassa.

E fogalmak mentén az elmúlt két évtized szólásszabadság-vitái úgy tekinthetők, mint amelyek a liberálisokat azzal szembesítik, hogy választaniuk kell két transzcendens érték között. Melyiket helyezzzük előrébb, a szabadságot vagy az egyenlőséget? A politikai gondolkodásban, de még az alkotmánytanban is gyakori jelenség az efféle konfliktus. Eredőigva a jelenlegi helyzet a szólásszabadság töretében nem tekinthető egyének, mint egy szokványos dilemma felbukkamasának egy új területen. Azonban a mai szólásszabadság-vitákban látok egy másik problémát is, mely láthatatlan fonálként kapcsolja össze az összes, jelen kötetben elemzett kérdést. Ezekben az ügyekben nem egyszerűen csak az történik, hogy a

* Magyarul megjelent heléle: Ronald Dworkin: *Vegyűk komolyan a jogokat*! In: Huoravszki Ferenc (szerk.): *Modern politikai filozófia*. Budapest, Osiris, 1998. — Láthatatlan Kollégium, 58–77.

szabadság konfliktusba kerül az egyenlőség elvével, hanem egy ennél is alapvetőbb konfliktusra, a szabadság és a szabadság közötti konfliktusra is rábukkanhatunk. A liberalizmuson belüli hasadás nem pluralisztikus elkötelezettségéből származik, vagy nem abból, hogy ne tudna fontossági sorrendet megállapítani a szabadság és az egyenlőség között, hanem – ez a meggyőződésem – éppen a szabadság értelme fölötti disputából. A szabadság két eltérő felfogása itt az igazi kérdés.

Egyes liberálisoknak a szólásszabadság azért fontos, mert így nyer védelmet az egyén szabad önkifejezéshez fűződő érdeke, vagy az a joga, hogy azt mondhasson, amit akar. Számukra mindenekelőtt az állam jelenti a veszélyt, amelytől meg kell óvni az egyént. Mások inkább társadalmi kontextusban értik a szabadságot. Ezen felfogás szerint az Első Alkotmánykiegészítés szerepe az, hogy megőrizze a nyilvános beszéd teljességét és nyitottságát: hogy az emberek tisztában legyenek életük fő kérdéseivel, és hogy minden, e kérdésekkel kapcsolatos álláspontot megismerhessenek. E megközelítés szerint a szólásszabadság a nyilvánosságot védő jog – a kollektív önrendelkezés eszköze –, és más fényben tűnik fel az állam is: éppenséggel mint a szabadság barátja. Kétség sem férhet ahhoz, hogy az állam korlátozhatja az életerős közbeszédet, ám nincs okunk feltételezni, hogy így is fog tenni, és ez az elképzelés éppenséggel azt sugallja, hogy az állam cselekedhet a szabadság érdekében is.

Jól látható ez a kampányfinanszírozás példáján. Egyes liberálisok támogatják annak állami szabályozását azért, hogy semmiképp se történhessen meg, hogy a gazdagok hangja kiszorítja a kevésbé jómódúakét. E szándék nem egyszerűen arra irányul, hogy egyenlő helyzetbe hozza a kevésbé jómódúakat – hogy a gazdagokéval egyenlő versenypályához juthassanak –, hanem hogy a közbeszéd minősége ne sérüljön az efféle egyenlőtlenségek miatt. Hasonló megfontolások érvényesülnek más, a liberálisokat megosztó viták kapcsán is. Eltekintve egyes hátrányos helyzetben lévő csoportok, mint a nők vagy a kisebbségek társadalmi helyzetére gyakorolt hatásuktól, egyes liberálisok azért támogatják a pornográfia vagy a gyűlöletbeszéd korlátozását, mert azt vallják, hogy ezek a fajta megnyilatkozások elhallgattatják a hátrányos helyzetű csoportokat, és így eltorzíthatják a közbeszédet. A magánkézben lévő hatalmi centrumok – mint a bevásárlóközpontok vagy az elektronikus média – állami szabályozása azért lenne üdvös, mert általuk a közvélemény sokszínű, éppenséggel egymással ellentétes forrásokból származó információkkal találkozhat. Az elektronikus média vagy a művészetek állami támogatása azért üdvözlendő, mert így szabadulhatnak ki a megnyilatkozások a piactól való szoros függésből, mely nyilván nem semleges a megnyilatkozásokra gyakorolt hatását tekintve, és nem is várható el tőle, hogy megadja az állampolgároknak mindazt, amit tudniuk kell szuverén kiváltságuk gyakorlásához.

Az imént felvázolt állami beavatkozások liberális támogatása vitatott empirikus bizonyítékokon alapszik, mint például a pornográfia elnémitő hatása vagy a piac közbeszédet eltorzító természete. Hasonlóan csupán feltételezés, hogy az államot

nem hatja befolyása alá valamely hatalmi központ, és nem használja éppen ellenkező célra, azaz hogy így nem gazdagodik, hanem szegényedik a közbeszéd. Mindazon területeken természetesen lehetséges a nézeteltérés, mint azt el is ismerem a következőkben olvasható esszékben, ám az állami beavatkozással szembeni harcok ellenállás oka bizonyos liberális körökben – úgy vélem – inkább az ideológiaiában, mintsem valamely instrumentális okban keresendő. Az elmúlt évek során javasolt állami beavatkozások utköznek az állami minimalizmus klasszikus liberális követelésével, e követelés azonban az alkotmány felől értelmezve a szabad beszéd olyan felfogásává alakult át, amely kérelhetetlenül előnyben részesíti az egyén önkifejezéséhez fűződő jogait a közvélemény információszükségletével szemben.

E nézeteltérések révén az Egyesült Államokban zajló vad szóásszabadság-viták egy sajátos jelleg és intenzitás jellemzi. E viták nem csupán arra készítetnek bennünket, hogy újra szembenézzünk a szabadság és az egyenlőség között feszülő ellentéttel, hanem egy ennél is mélyebben rejlő kérdésre kell választ adnunk, mégpedig, hogy mit jelent számunkra a szabadság. Ezek az esszék, melyeket az elmúlt években írtam, és amelyek ebben a válogatásban most jelennek meg először, erre a feladatra vállalkoznak. E tanulmányok az Egyesült Államok alkotmányos rendszerében gyökereznek, azonban egy olyan kérdést igyekeznek megválaszolni, amely minden demokratikus rendszer, keleti vagy nyugati, régi vagy új számára létező:

Prologus

Az 1960-as évek végén kezdtem tanulni a Chicagói Egyetemen, és abban a szerencsében volt részem, hogy közeli kapcsolatba kerülhettem a korszak egyik legjelentősebb szövegszabadság-kutatójával, Harry Kalven Jr.-al. (Lásd: Owen M. Fiss: *Kalven's Way*, University of Chicago's Law Review 1975/43., 4.), 1974 őszén, épp az azt követően, hogy dimentionáltam a Yale-re, Kalven meghalt, és egy vaszkos kéziratot hagyt az öröszálon, melyet csupán néhány évvel korábban kezdett el írni. Jamie Kalven, Harry fia látott neki annak a csaknem lehetetlennek tűnő feladatnak, hogy kiadássalra előkészítse a szöveget. A rákövető évtizedben Jamie-vel szoros együttműködésben végeztük el ezt a feladatot. (Lásd a szerkesztő bevezetését a munkában: Harry Kalven, Jr.: *A Worthy Tradition*, 1988.)

Akkoriban, amikor a Kalven-kézirat szerkesztésének folyamata a végéhez közeledett, magával az Első Alkotmánykiegészítéssel kezdtem foglalkozni, erről tanulmányt és ezen a területen kezdtem publikálni. Fokozatosan egyre több problémát láttam Kalvennek az akkori gyarapodó számú szövegszabadsági esetekkel kapcsolatos melységi optimizmusával, mely attitűd átsütött kötetének szövegében, és melytől ekkoriban kezdtem ki a könyv címe: *Egy csodálatra méltó hagyomány. Törvény a fejlem, hogy miért alakult ki bennem az ellenérzés ezzel a bevett tradícióval szemben. Rájöttem, hogy ez részben az alapítványunkban rejlik különbségnek köszönhető – Harry mindig a jót kereste a dolgokban. Egy idő után ugyanakkor az is világos lett számomra, hogy a megközelítésünkben rejlik a fő oka az, hogy Harry elemzése egy olyan paradigmán alapszik, amely nekem akkor már idejétmúltnak tűnt: az utcai szónok elképzelésén.*

Az alábbi esszé, melyet először 1985 novembereiben, John F. Murray előadásként adtam elő az Iowai Egyetem Jogi Fakultásán, és a következő évben az Iowa Law Review-ban adtam közre, ezt a gondolatot fejti ki, és javasolja, hogy a szövegszabadság alapjait szövegszabadságma ma már ne az utcaszónok legyen, hanem genem, hogy az országos tévécsatorna paradigmáját idejétmúlttá tegye-e az a technológiai forradalom, amely a kibernetikát, a digitális hálózatiakat hozta magával [Lásd: *In Search of a New Paradigm*, 104 Yale Law Journal 1613 (1995).]

Az amerikai alkotmányosság egyik legfigyelemreméltóbb eleme a szólásszabadság. Segít annak a meghatározásában, hogy kik vagyunk mi mint nemzet. Az elv magában az Alkotmányban gyökerezik, azonban megítélésem szerint a Legfelső Bíróság elmúlt jó fél évszázadbéli ítélkezése az, amely alapjaiban formálta ezen elvet, és amelyből energiája és lendülete származik. E bírósági ítéletek indították útnak azt, amit Harry Kalven a „szólásszabadság hagyománynak”¹ nevezett.

Ha már a hagyomány kerül szóba, Kalven, előtte pedig Karl Llewellyn² és T. S. Eliot³ (óriások vállait említve) egy mindenre kiterjedő szemlélet jogosultságát sugallta. Mindent tekintetbe kell venni semmit sem szabad kihagyni, a bírói véleményeket sem, és a megghiúsult indítványokat sem. A Legfelső Bíróság és az Első Alkotmánykiegészítés közötti bármiféle interakciót bele kell foglalni a szólásszabadság hagyományába. E hagyomány, jóllehet, nem egyszerűen egy enciklopédia: meghatározott formája, iránya és súlypontja van. Akik a szólásszabadság-hagyományról beszélnek, igyekeznek abba mindegyik ítéletet belefoglalni, és ebből valahogyan egy általános érvényű meghatározást leszűrni arról, hogy mit jelent a szólásszabadság; hogy mi tartozik a középpontba és mi a perifériára, mi az, amire már nem terjed ki az Első Alkotmánykiegészítés védelme, és mi az, amire kiterjed a törvény hatálya stb. Az egésznek van egy formája. E forma nem állandó az időben, minthogy minden új ítélet vagy vélemény belekerül a hagyományba, és ily módon hozzájárul az egész szólásszabadság-tradíció átalakulásához, ugyanakkor maga a hagyomány is kényszerítő erőként hat minden jelenlegi és jövőbeli ítéletre. A hagyomány az a háttér, amelyre minden egyes bíró támaszkodik ítélethozatalában. Ez határozza meg, hogy melyek az adott ügy fő kérdései; felsorolja a forrásokat, amelyekkel e kérdéseket ütköztetnie kell a bírónak; és szolgál azokkal a nehézségekkel is, melyeket le kell küzdeni. Irányt mutat a bírónak.

Hiszek abban, hogy hasznos a Legfelső Bíróság szólásszabadság-ügyeire mint hagyományra tekinteni, és erős kísértést érzek arra is, hogy melegen méltassam ezt a hagyományt úgy, ahogy azt Kalven tette. Számomra azonban ez csak a történet fele. Úgy tűnik nekem, hogy e hagyomány bizonyos fontos vonatkozásokban nem mentes a hibáktól – olyannyira, hogy akár az is indokoltnak tűnhet, hogy újakezdjük az egészet előlről, már amennyiben ez lehetséges.

Első fenntartásaimat a hetvenes években fogalmaztam meg magamnak – azon ritka korszakok egyikében, amikor Amerika hangosan gondolkodott arról, hogy a

Harry KALVEN, Jr. *A Worthy Tradition. Freedom of Speech in America*. Harper & Row, 1988

² Karl LLEWELLYN *The Common Law Tradition*. Little, Brown and Company, 1960.

³ T. S. ELIOT *Hagyomány és egyenység*. In: T. S. ELIOT: *Káosz a rendben*. Bp., Gondolat, 1981 (Eredeti cím: *Tradition and the Individual Talent*. Első kiadás éve: 1919.)

kapitalizmus és a demokrácia összeegyeztethető-e egymással. A politika világában e kétségek a Watergate-ügyhöz és Nixon elnök későbbi lemondásához kötődnek. Az ügyet kiróbbanó esemény az volt, hogy betörték a Demokrata Párt központi épületébe, am amíg a felülősségre vonás folyamata elért a végéig, világossá vált számunkra, milyen mértékben korumpálja a gazdasági hatalom országunk politikáját. A kongresszus válasza e folyamatra az 1974-es kampányreformtörvény (Campaign Reform Act) volt, mely korlátozta a kampányhozjárulások és a kampányköltségek összegét, és állami alapot hozott létre a választások finanszírozására.

A kapitalizmus és demokrácia közötti feszültség a tudomány számára is feladta a leckét, amit ékesszólóan tűkrőzött Charles Edward Lindblom 1977-es *Politika és piacok* (Politics and Markets) című könyvének heves fogadtatása, és a vita, amit kellett. Lindblom azt igyekezett megmutatni munkájában, hogy a klasszikus demokraciamelettel szemben a politika nem egy autonóm cselekvési szféra, hanem azok az wralkodó gazdasági érdekek formálják és ellenőrzik, amelyekkel éppen a társadalmi rendszer legfontosabb kérdései – amelyekkel Lindblom „nagy kérdéseknek” (*grand issues*) nevez – a politika margóján maradtak. A választók valójában nem fontolták meg komolyan, hogy a kapitalizmus fenntartása indokolt-e, hogy a piac igazságosan mérje ki a járandóságokat, vagy megítéljék a rendszert, amelyen belül a dolgozói érdekképviseletek tevékenykedhettek, mivel – Lindblom érvelése szerint – a politika napirendjét a gazdasági érdekek irányították.⁹

Amíg a kuitatók Lindblom könyvét olvasták és vitalkoztak fölötté és amíg a politikusok megpöbálták megérteni Watergate-el, a Legfelső Bíróság egy sor olyan szólásszabadsággal kapcsolatos esettel szembeesült, amelyekben vizsgálmi kellett a politikai és gazdasági hatalom kapcsolatát. A Bíróságnak választ kellett adni arra a kérdésre, hogy megengedhető lenne-e a méltányosság-doktrína* (Fairness

* Az Egyesült Államok médiabizottsága, a Szövetségi Kommunikációs Bizottság (FCC) 1949-ben alkotott meg a méltányosság-doktrínát, melynek értelmében az elektronikus médiában vita esetén minden fő érdekelt félnek lehetővé kellett adni a megnyilatkozást, és ha egy műsorban kritika ért valakit, akkor az illetőnek alkalmat kellett adni arra, hogy elmondhassa álláspontját. A szabály bizonyos mértékben az európai választási joghoz (vagy a magyar terméktörvény szerinti sajtóhelyreigazításhoz), illetve a kisebbségviszonyozott tájékoztatás európai szabályához hasonlított. E szabályt a hatóság 1987-ben törölte el. *A ford*

“Federal Election Campaign Act Amendments of 1974, Pub. L. No. 93-443, 88 Stat. 1263 [kódifikálva 2 U.S.C. §§ 431-437b, 438, 439, 441, 455, 456, 490a, 490b, 490c, 5 U.S.C. §§ 1501-1503, 26 U.S.C. §§ 2766, 6012, 9001-9012, 9031-9042 (1982)]

Charles E. Lindblom: *Politics and Markets. The World's Political Economic Systems*. New York: Basic Books, 1977.

Uo., 201-21.

Doctrine) kiterjesztése az írott sajtóra,⁷ és hogy a Szövetségi Kommunikációs Bizottság (Federal Communications Commission, FCC) köteles-e vietnami erőfeszítéseink kritikusainak teret adni az országos elektronikus médiacsatornákon, hogy ott elmondhassák véleményüket.⁸ Egy másik bírósági eset során az 1974-es kampányreform-törvényt támadták;⁹ míg egy harmadik esetben megkérdőjelezték Massachusetts állam azon intézkedését, amely korlátozta az üzleti szférából származó kampányköltségeket az olyan népszavazások esetében, ahol a döntés tárgya a jövedelemadó volt.¹⁰ Politikai aktivisták híján lévén anyagi forrásoknak, melyekkel a médiában időt vagy felületet vehettek volna – a bevásárlóközpontokat szereztek volna kampánycélokra használni, hogy hozzáférhessenek a nagyközönséghez, és ebbéli céljuk érdekében a bíróságokhoz fordultak.¹¹ Hasonló ügyek nyilvánvalóan már korábban is felbukkantak a Legfelső Bíróság gyakorlatában, azonban a hetvenes években egyre gyakoribbak és nagyobb jelentőségűek lettek, és úgy tűnt, hogy az efféle kérdések dominálnak a testület elé kerülő, az Első Alkotmánykiegészítést tárgyaló ügyekben.

Ezek az esetek rendkívül bonyolult kérdésekkel szembesítették a Legfelső Bíróságot, talán az Első Alkotmánykiegészítés legnehezebb kérdéseivel, ami által előre megjósolható volt, hogy lesznek nézeteltérések a testületen belül az ítéletek során. Sejthető volt az is, hogy születnek elhibázott döntések. Amitől azonban elképzeltem, az az ítéletek kiismerhető tendenciája volt: a kapitalizmus majdnem mindig nyert. A Legfelső Bíróság döntése érvénytelenítette a választás jogát biztosító döntést, amely lehetőséget biztosított volna arra, hogy az érintettek vitás esetekben teret kaphassanak az írott sajtóban a választásra; hasonlóképp, ítélete szerint az FCC-nek nem kell köteleznie az elektronikus médiát, hogy fizetett szerkesztőségi anyagot tegyen közzé, verdiktje szerint a gazdagok politikai célú pénzköltését nem lehet korlátozni, és végül megint csak ítélete szerint a plázák és bevásárlóközpontok, melyek a kertvárosi Amerika állampolgárai számára a fő gyülekezőhelyek, mint magántulajdonú közterek tulajdonosai nem kötelezhetők arra, hogy engedélyezzék politikai szórólapok osztogatását e helyszíneken. A demokrácia kollektív önrendelkezést ígér emberek azon jogát, hogy döntsenek sorsuk felől –; és ezáltal olyan vitát feltételez a fontos kérdésekről, amely (Brennan legfelső bírósági bíró klasszikus formuláját használva) „korlátlan, erőteljes és szélesre nyitott”.¹² A hetvenes évek szólásszabadság-ítéletei ugyanakkor olybá tűntek, hogy inkább elszegényítik,

⁷ *Miami Herald Publishing v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974).

⁸ *Columbia Broadcasting Sys. v. Democratic Nat'l Comm.*, 412 U.S. 94 (1973).

⁹ *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976).

¹⁰ *First Nat'l Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S. 765 (1978).

¹¹ *Lloyd Corp. v. Tanner*, 407 U.S. 551 (1972).

¹² *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 270 (1964).

semminint gazdagítanak a nyilvános vitákat, és mint ilyenek, tenyeggették a hatékony demokrácia egyik legalapvetőbb feltételét. És úgy tűnik, hogy megtehető szisztematikusussággal tényleg ezt.

Előre hajlítam arra, hogy ezen tetteket a magyarszt Nixon elnök által kinevezett tagokkal felülvizsgálják és az elnök által kinevezett Warren Burger legfelső bírósági elnök által vezetett testület abbéli szándékának tudjam be, hogy az ítélkezésszerűen a szabadság új prioritást kapjon, és hogy így vessen véget az Earl Warren által vezetett korábbi testület egalitáriánus kereszties háborújának. Feltételezem az volt, hogy ezen szólásszabadsággal kapcsolatos ügyekben, hasonlóan ahhoz, ahogyan az iskolafinanszírozás területén járt el,¹³ a Burger vezette testület nem kívánja a szegények és kevésbé tehetséges helyzetben lévő intézkedéseket támogatni. ha ez bárki szabadságának a feláldozásával járt együtt. Alapvetően megvizsgálva ezeket az eseteket, a problémák melyebnek és bonyolultabbnak tűntek. Rájöttem, hogy a probléma nem egyszerűen a szabadság és az egyenlőség ellentéte, sokkal inkább a szabadság két felőgása közötti konfliktus rejlik ezen ügyek melyén. A vitott harc nem egyszerűen csata volt a szabadság és az egyenlőség között, hanem szabadság kontra szabadság küzdelem, vagy másképp fogalmazva, a csata nem az Első Alkotmánykiegészítés és az egyenlő védelem elve (*Equal Protection Clause*) között, hanem magán az Első Alkotmánykiegészítésen belül zajlik. Azt is megértettem, hogy a bíróság nem a szólásszabadság egy különös felőgását támogatja, hanem a felőgás jól működő a szólásszabadság-hagyomány szokásos keretein belül. Nem arról volt szó, hogy a Legfelső Bíróság egyszerűen a vallalkozói szabadsággal (vagy tulajdonnal) helyettesítette volna a politikai szabadságot,¹⁴ a gazdaságok vagy a töké tulajdonosai talán nyertek, de csak azért, mert a politikai szabadság kívánalmát olyan módon vezették elő, hogy az pontosan illeszkedett a bevett szólásszabadság-hagyományba. A pénz: beszéd épp annyira, mint amennyire egy utcai felvonulás vagy egy könyv eladása az.

Idővel meggyőződésemmé vált, hogy azok a nehézségek, amelyekkel a Legfelső Bíróság viaskodott a hetvenes évek szólásszabadsággal kapcsolatos esetében, kivétel nélkül visszavezethetők a szólásszabadság-tradíció egyes tökéletlenségeire. A probléma a hagyományról volt, nem a bírósággal. Nem a hagyomány volt az, ami *kikényszerítette* ezeket az eredményeket; nincs olyan precedensanyag, mely képes lenne erre. Egy elütökt, agyafúrt jogi mesterember kétségtelenül képes lehetett volna rá, hogy a szólásszabadság-hagyomány keretein belül maradván az ellenkező eredményeket hozza ki az eljárás végén, talán akár minden esetben. Azonban

¹³ *San Antonio Indep. School Dist. v. Rodriguez*, 411 U.S. 1 (1973).

¹⁴ Ugyanakkor lásd Norman Dorsen – Joel Gora. *Free Speech, Property, and the Burger Court* Old Values, New Balances, 1982 *The Supreme Court Review* 195.

a dolgot egészében nézve úgy tűnik, hogy a hagyomány sugallt rossz irányt a bírának, és szolgáltatott kiváló alapot a többségük számára, hogy azt állítsák – egyébként meglehetősen hitelesen –, hogy a szólásszabadságot védik, miközben valójában valami egészen más, jóval homályosabb dolgot cselekedtek. Ez azt jelentette, hogy e döntések kritikája nem a Burger-bíróságot kellett hogy illesse, hanem valami nagyobb dolgot: az alaposan körülárkolt, de a végén mégiscsak tökéletlennek bizonyuló szólásszabadsági-jogi elvek együttesét.

A szolásszabadság-hagyomány egész történetét tekintve lényegében az utcai szónokot védte. Valaki fog egy szappamosládát, kiteszi az utcasarokra, és arra felépve fennhangon bírálja a kormányt, majd közrendbontásért letartóztatják. E helyzetben az Első Alkotmánykiegészítés miutn pajzs nyeri el értelmét, amely az egyént védi az állam elhallgatattási szándékával szemben.

Az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos eljárások az első világháború alatt kelettek fel a Legfelső Bíróság figyelmét, abban az időszakban, amikor e bizonyos alkotmányos pajzs meglehetősen vékony volt. Az utcai szónokot a legkisebb rendzavarásért letartóztatják. Az első ítéleteket nyíltan bírálták, például Brandeis és Holmes legfelső bírósági különvéleményeikben, ám e kritika, legyen olykor bármilyen ékesszóló és hősies, megmaradt az ismert keretek között, és a szolásszabadság barátait csupán lépésről lépésre kívánta tágtítani; elgondolásuk korlátozni kívánta a rendőrtetteit, és egyre több védelmet kívánt nyújtani az utcai szónoknak. E lépésenkénti stratégiában a kritika a progresszív mozgalom jellegehez igazodott, és emellett sorában is osztozott. A progresszív kritika a harmadik években érte el első sikereit a Hughes vezette legfelső bírósági testület korszakában, ám az Earl Warren vezette testület alatt érvényesült igazán; ekkorra vált az utcai szónok méltóvá ahhoz, hogy a demokrácia megvédje.

Nagyreisz e történelmi folyamattól származott a tartalomsszabályozást tiltó elv, mely manapság a szolásszabadság-szabályozás sarokköve. A rendőrt nem tartóztat hat le egyetlen beszédet sem az utcán csupán azért, mert nem tetszik neki, amit a szónok mond. A megnyilatkozások helyére, idejére, jellegére vonatkozólag hoztak ésszerű szabályokat – például az úttest közepét nem választhatja a beszéd szónoklata helyszínéül –, ám a beavatkozás nem alapulhat az elhangzott beszéd tartalmában vagy azon a kívánalmán, hogy egyes eszmék másokkal szemben előnyt élvezzenek. Természetesen a Legfelső Bíróság bizonyos helyzetekben megengedte a rendőrnök, hogy az elhangzott beszéd tartalma alapján intézkedjen, például amikor a beszéd bűjtogatni akarta valamire a tömeget. De még ebben az esetben is ügyelt arra, hogy a rendőrt a lehető legutolsó pillanatban lépjen közbe, amikor a tömeget abban kell megakadályozni, hogy elszabaduljon valami visszafordíthatatlan. Igazából a 20. század legnagyobb részében az Első Alkotmánykiegészítéssel foglalkozó jogtudomány nagy részét a „nyilvánvaló és közvetlen veszély” (*clear and present*

danger) és az „izgatás” (*incitement*) tesztjeiről folyt vita tette ki, mely erőfeszítések célja egy, azt a bizonyos lehetséges utolsó pillanatot jól kifejező nyelvi fordulat megtalálása volt.¹⁵ Mindazok számára, akik részt vettek e nagy vitában, a közös nevező az volt – mint azt az 1969-es *Brandenburg v. Ohio* ítélet¹⁶ egyértelműen leszögezte, mely talán e viták összegzésének és sok szempontból a Warren-testület e vitában hozott utolsó megnyilatkozásának is tekinthető volt –, hogy a rendőr nem avatkozhat közbe, ha a beszélő csupán általánosan tárgyal eszméket, legyenek bármilyen népszerűtlenek is azok.¹⁷

Én lennék az első, aki elismeri, hogy az első világháborús szólásszabadság-esetek¹⁸ az 1969-es *Brandenburg*-esetig tartó hosszú út nemes és lelkesítő tapasztalat. Az utcai szónoknak teljes védelmet nyújtó jogelvi anyag valóban meglehetősen elismerést érdemlő teljesítmény; a védettséget kiharcoló csaták kemények voltak, és kimenetelük messze volt a biztostól. Szabadságunk egyik áldása a *Brandenburg*-eset. A probléma azonban az, hogy az utcai szónok mára elhanyagolható szerepet játszik a nyilvános vitákban, és az az elvi konstrukció, amely a Kalvenhez hasonlóan gondolkodóknak az utcai szónokkal a középpontban oly egyszerűnek tűnt, mára a modern társadalom körülményei között szinte teljesen használhatatlan.

A Kalven által magasztalt hagyomány, az Első Alkotmánykiegészítés által szavatolt szólásszabadság egyenlő az autonómia védelmével – a törvény pajzzsal védi a beszélőt. Mindamellet, az elmélet, amely e védelem alapjául szolgál, amely Kalvent¹⁹ és korábban előtte Meiklejohn²⁰ inspirálta, és amely ma uralja a szólásszabadság-vitákat,²¹ az Első Alkotmánykiegészítés alapvető célját társadalmi vagy politikai fogalmak szerint jelöli ki: a szólásszabadság célja nem az egyén önmegvalósításának biztosítása, hanem a demokrácia megőrzése, és az, hogy az emberek saját maguk dönthessenek arról, hogy milyen életet kívánnak élni. Az

¹⁵ Lásd például Gerald GUNTHER, *Learned Hand and the Origins of Modern First Amendment Doctrine: Some Fragments of History*, 27 *Stanford Law Review* 719 (1975), Harry KALVEN, Jr.: *Professor Ernst Freund and Debs v. United States*, 40 *University of Chicago Law Review* 235 (1973).

¹⁶ 395 U.S. 444 (1969).

¹⁷ Uo. 447–49.

¹⁸ Lásd például *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919), *Frohwerk v. United States*, 249 U.S. 204 (1919); *Debs v. United States*, 249 U.S. 211 (1919).

¹⁹ Harry KALVEN, Jr.: *The New York Times Case: A Note on „The Central Meaning of the First Amendment”*, 1964 *The Supreme Court Review* 191.

²⁰ Lásd Alexander MEIKLEJOHN: *The First Amendment Is an Absolute*, 1961 *The Supreme Court Review* 245; lásd még William J. BRENNAN, Jr.: *The Supreme Court and the Meiklejohn Interpretation of the First Amendment*, 79 *Harvard Law Review* 1 (1965).

²¹ Lásd például, Lee C. BOLLINGER, *Free Speech and Intellectual Values*, 92 *Yale Law Journal* 438 (1983). A széles támogatást jól jelzi, hogy olyan ellenfelek, mint Kalven és Bork e kérdésben hasonlóképp vélekednek. Lásd: Robert H. BORK, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, 47 *Indiana Law Journal* 1 (1971).

autonómia nem önmagáért véendő, ahogy például egy kanitánus vélne, hanem azért, mert az autonómia a kollektív örendelkezés eszköze vagy instrumentuma. Hagyjuk, hogy az emberek beszéljenek, hogy mások szavazhassanak. A beszéd lehetővé teszi az embereknek, hogy ismerjék az összes lehetőséget és rendelkez-

vén az összes lényeges információval, értelmesen és szabadon szavazzanak. Ezen elmélet alapfeltevése, hogy az autonómia védelmezése fogja létrehozni azt a nyilvános vitát, amely, hogy ismét e talizmányszerű formát alkalmazzam, „korlatlan, *erőteljes* és szelése nyitott”. A hagyomány feltevése, hogy ha az emberek békén hagyják, távol a rendőr fenyegető, nehéz tenyereitől, akkor ök a kérdéseket teljes mélységükben és méltányos módon fogják megítélni. E gondolat előfeltevése, hogy az autonómia tartalmas nyilvános vitákat eredményez. Az utcasarok perspektívájából e feltevézés méltányolható lehet. Am ha perspektívánkat megváltoztatjuk, mondjuk a CBS tévécsatornára fókuszálva, akkor e feltevézés tüstént roppant problémátikusává válik. Ezen a ponton az autonómia és a tartalmas nyilvános vita, a két szoliaszabadság-érték, jócskán szétartóva és egymást kölcsönösen kizáróvá kezd válni.²² A CBS tekintetében alkotott paradigmát alkalmazva elképzelhető, hogy az autonómia önmagában *elégtelen* ahhoz, hogy tartalmas nyilvános vita jöjjön létre. Különös módon, az autonómia éppen, hogy *ártalmas* lehet azon bizonyos célok elérése vonatkozásában.

Vannak, akik elismerik a paradigmaváltást, és azt, hogy az utcasarok idejétmúlt dolog, de ettől függetlenül a CBS-t csak a régi fórum egy új változatának tartják, afféle elektronikus utcasaroknak.²³ Ök úgy követelik a hozzátétést a tévécsatorna adta nyilvánosságához, mintha az csak a nézetek kifejezésének egy másik fóruma volna, és ragaszkodnak ahhoz az elvhez, hogy a fórumhoz való hozzáférések nincsen köze ahhoz, hogy az adott fórum éppenséggel kinek a tulajdonában áll. Ez a nézet közlelőbb visz bennünket ahhoz, hogy megértjük, milyen szerepet is játszik a szabad szolias a modern társadalmakban, azáltal, hogy megmutatja, hogy a szoliaszabadság gyakorlása függ attól, hogy kinek milyen anyagi források állnak rendelkezésére, és emlékeztet bennünket arra, hogy manapság több kell hozzá, mint egy szappanosláda, egy erős hang és a tehetség a közönség figyelmének megtartására. Másrészt e nézetből hiányzik valami: nem veszi figyelembe azt a tényt, hogy a CBS nemcsak fórum, hanem beszélő is, és így módon elbagatelizálja azt a nehéz-

²² A két szoliaszabadság értéktől lásd Brennan bíró megjegyzését: WILLIAM J. BRENNAN, Jr. Address, 32 Rutgers Law Review 173 (1979). E szemléletet tükröz a vélemény fogalmaz meg. Lásd *Virginia*, 448 U.S. 555, 584-89 (1980). Brennan bíró itt pártuzamos véleményét fogalmaz meg. Lásd *of Speech and Electoral Campaign Spending*, 58 New York University Law Review 1273 (1983).
²³ Lásd például Jerome A. BARON: *Freedom of the Press for Whom? The Right of Access to Mass Media* Indiana University Press, 1973.

hagyomány számára. Számomra a CBS egyszerre fórum és beszélő; és a CBS beszélő-státusa az, ami e hagyomány számára a legnagyobb nehézséget jelenti. Mint beszélő, a CBS igényelheti autonómiája védelmét, amit a hagyomány szavatol számára, és mégis elképzelhető, hogy az autonómia gyakorlása nem gazdagítja, hanem inkább elszegényíti a nyilvános vitát azzal, hogy korlátozza, hogy mely nézetek jelenhetnek meg a rádióhullámokon, és így meghiúsítja a szólásszabadság-hagyomány demokratikus törekvéseit.

Ha a CBSről mint a beszélőről gondolkodom, és megkövetelem számára a szólásszabadság-hagyomány adta előnyöket, azt feltételezem, hogy a hagyomány védte autonómiát nem kell kizárólag az egyénre korlátozni. Ez kiterjedhet intézményekre is. Az autonómiát nem azért értékelték nagyra Meiklejohn és hívei, amivel az hozzájárul az egyén fejlődéséhez (önmegvalósítás), hanem azért a hozzájárulásért, amely révén gazdagodik politikai életünk, és e hozzájárulás származhat szervezetektől éppúgy, mint magánszemélyektől. Az NAACP,* a Náci Párt, a CBS és a First National Bank of Boston, akárcsak egy egyén, jogosultak a hagyomány által szavatolt autonómiára, és nem célszerű ezen intézményi autonómiákat azon személyek egyéni autonómiájává redukálni, akik (bármely időpontban) a szervezetet irányítják, vagy azon belül dolgoznak.

Az intézményi autonómiát védelmező ezen elkötelezettség részét képezi a felfogás, miszerint egy szervezetnek lehetnek nézőpontjai, és hogy e nézőpontok nem kevésbé érdekesek az Első Alkotmánykiegészítés védelmére, mint amennyire az egyéneké. Egy szervezet nézőpontja nem redukálható senki egyéni nézeteire, minthogy az egyének, belső szervezeti struktúrák és a szervezetet meghatározó környezet közötti összetett interakció eredményeképp jön létre. Egy olyan szervezet, mint a CBS vagy a First National Bank of Boston nézőpontja talán nem annyira hangsúlyos, határozott, mint az NAACP-é vagy a Náci Párté (és talán ezért gondolunk egy tévécsatornára inkább fórumként), azonban ettől még e szervezetek nézőpontja éppoly valódi, átható és kommunikált csaknem a végtelenségig. Nem szorítkozik mindössze a sugárzott „szerkesztőségi üzenetekre”, hanem kiterjed a *Szerelmhajó*** (Love Boat) című népszerű tévésorozatra is. Egy egyszerű tévéshow-ban vagy reklámban is megjelenik egy világkép, amely cserében előfordul, hogy meghatározza vagy irányítja lehetőségeinket és választásainkat.

Ebből a szemszögből nézve a CBS autonómiájának védelme a tartalomszabályozást elvető szabályon keresztül éppoly megfelelőnek tűnik. A CBS szabadsága arra nézve, hogy azt mondjon, amit kíván, gyarapíthatja a közéleti vitákat (ha jönn-

* Országos Szövetség a Színesbőrű Emberek Főlemelkedéséért (*National Association for the Advancement of Colored People*). A ford.

** A Love Boat népszerű sitcom sorozatot 1977 és 1986 között sugározta – az ABC tévétársaság. A ford.

dulatián szemléljük a dolgot), és így hozzájárulhat az Első Alkotmánykiegészítés demokratikus céljainak megvalósításához. A baj csak az, hogy fordítva is működik a dolog, mivel amikor a CBS hozzáad valamit a közéleti vitákhoz, ugyanazzal az aktsussal el is vessz belőlük valamit. Amit mondanak, az meghatározza azt, hogy mit nem mondanak. A döntés, hogy az esti főműsoridő alatt a *Szerelmihajó* menjen, szükségképp magával hoz egy másik döntést arról, hogy a szóban forgó idő-sávban nem egy másik műsor lesz, amely bírálja az elnök külpolitikáját, vagy egy dokumentumműsor Lindblom valamelyik „nagy kérdéséről”. Ily módon láthatjuk, hogy az Első Alkotmánykiegészítésben foglalt célok teljesítésének kulcsa nem az autonómia, mely a legbizonytalanabb vagy leginkább kétértelmű viszonyban van a nyilvános vitákkal, hanem e kulcs a tévéadás aktuális hatásában keresendő: min-dent összevetve gazdagítja-e az a közéleti vitákat. A beszéd védelmet élvez, amikor így tesz (és csak ekkor élvez védelmet), és pontosan azért, mert gazdagítja a közéleti vitákat, és nem amiatt, mert a tévéműsor az autonómia gyakorlásának szá-mít. Igazából az autonómiát alkalmanként fel kell oldozni azt biztosítandó, hogy a közéleti vita kellően gazdag legyen ahhoz, hogy hozzájáruljon a valódi kollektív önrendelkezés létrejöttéhez. Amire az Első Alkotmánykiegészítésben a „szólessza-badság” kifejezés utal, az egy szociális állapot, nem pedig egy éghén vagy egy in-telzmény cselekvése.

Az a kockázat, amit az autonómia jelent a szólesszabadságra nézve, nem korlá-tozódik az olyan esetekre, amikor a CBS vagy más média gyakorolja a szólessza-badságot, hanem előfordul azon helyzetekben is, amikor a beszédre szűkös körü-lmények között kerül sor, azaz amikor a kommunikációra való lehetőség korlátozott. E helyzetekben egy adott megnyilatkozás szükségképp elveszi a helyét egy másik-tól. Az utcasarki helyzetben a szűkösség nem tűnik fel; amikor az utcasarokra gondolunk, szokásosan azt feltételezzük, hogy minden szónok lehetőséget kap be-szélni, és hogy a közönség figyelme lényegében végtelen. Igazából ezért is tűnik az utcasarki helyzet oly vonzó tanmésének. Azonban a politikában a szűkösség nem a kivétel, hanem éppen hogy a szabály. A kommunikáció számára adott tér és idő korlátai miatt, vagy pedig az üzenetek megemésztését és feldolgozását lehetővé tevő képességeink véges volta miatt korlátozottak a lehetőségek a beszédre. Ez tel-jesen nyilvánvaló és egyértelmű az elektronikus médiában, amely meghatározó szerepet játszik annak eldöntésében, hogy milyen témákról vitákoznak és azt ho-gyan tesszik, de e korlátozotttság más kontextusokban is fontos. Egy népszavazáson vagy egy választás alkalmával például jó okunk lehet az aggodalomra, ha a kam-pányba beszállnak a gazdagok vagy a hatalmassok, mivel a rendelkezésükre álló források révén képesek arra, hogy a nyilvánosságot elárasszák az üzenetikkel. A plázák hangosbeszélőin játszott andalító zene megfűti az oda sereglő emberek elméjét. Vagy vegyük azt, hogy milyen könyveket vásárol meg egy könyvtár, vagy hogy mi kerül egy iskolai tananyagba. A döntés egy könyv beszerzéséről vagy egy kurzus tantervébe emeléséről szükségképpen más könyvek, illetve kurzusok kizá-rását jelent.

Természetesen, ha világos képtünk lenne arról, hogy mit kellene magában foglalnia a nyilvános vitának, biztos alapunk lenne ahhoz, hogy eldöntsük, hogy a vita, mely az autonómia gyakorlásából származik, tényleg magával hozza-e az igazi kollektív önrendelkezést. Herbert Marcuse szerint például a háború, rasszizmus vagy gazdasági kizsákmányolás támogatása ellentétes a demokrácia elveivel, így nem tolerálható.²⁴ Az efféle, lényegre törő kiindulási pont megkönnyíti a dolgokat, ám nem feltétlenül szükséges. Enélkül is minden okunk meglehet az aggodalomra az autonómia által uralt közéleti viták minőségével kapcsolatban; az autonómia védelme olyan vitákat fog eredményezni, melyek magukon viselik a társadalmi struktúrát uraló erők befolyását. Thomas Jefferson idejében, amikor egymással szemben álló egyénekből állt a világ, ez nem jelentett gondot, mivel elmondható volt, hogy a társadalmi rendszer – csakúgy, mint a formális politika folyamata – önmagában demokratikus volt. Ma azonban minden okunk meglehet az aggodalomra, minthogy a világ, amelyben élünk, távolabb van a Jefferson által megálmodott demokráciától, mint az utcasarki szónok világától.

Az autonómia uralma által eltorzított közéleti viták feletti féltelm egyáltalán nem kötődik a kapitalizmushoz. Akkor érzem, amikor a hatalmat egyenlőtlenül látom eloszlani egy társadalomban: a kapitalizmus csak egyike azon számos társadalmi rendszernek, amely egyenlőtlenül osztja el a hatalmat. Ezenkívül azt sem hiszem, még a kapitalizmus kontextusában sem, hogy a hatalomgyakorlás a társadalomban kizárólag a gazdasági hatalomból származna, és a közéleti viták torzulásait sem gondolom egyértelműen visszavezethetőnek gazdasági okokra; bürokratikus rendszerek, személyiségek, társadalmi szakadékok és kulturális normák mind szerepet játszanak abban, hogy milyen lesz a közéleti viták minősége. Azonban ettől függetlenül kijelenthető, hogy a kapitalista társadalomban az autonómia védelme általánosságban olyan közéleti vitát hoz létre, melyben domináns szerepet játszanak azok, akik gazdasági hatalommal bírnak. A piac még ha hatékonyan és kifinomultan működik is – nem szavatolja minden releváns vélemény részvételét a vitában, hanem csak azokat, amelyeket a gazdagok támogatnak, vagy olyanok, akik tudnak másoktól kölcsön kérni ehhez, vagy esetleg akik egy olyan terméket képesek létrehozni, amely megfelelő számú hirdetőt, illetve előfizetőt képes felhajtani, így biztosítandó vállalkozásuk fenntarthatóságát.

A CBS nem monopólium, hanem néhány másik nagy (és kisebb) csatornával versenyez a publikum figyelméért. A tény, hogy a CBS vezetőit (pontosan nehezen meghatározható mértékben) a piac irányítja döntéshozatalaikban, egyáltalán nem csökkentette annak kockázatát, hogy az autonómia védelme – a rendőr kezének viszatartása – nem hozza majd létre azt a közéleti vitát, amelyet a demokratikus el-

²⁴ Herbert MARCUSE: *Repressive Tolerance*. In: Robert Paul WOLFF – Barrington MOORE, Jr. Herbert MARCUSE: *A Critique of Pure Tolerance*. Beacon Press, 1965. 81.

mélet elengedhetetlennek tart. A piac önmagában egy korlátozó struktúra, mely meghatározott módon csatormázza, terelgeti és formálja azt, hogy miként fogják az autonómiát gyakorolni. Ebből a szemsszögből tekintve a szabad és nyílt vita elhanyagolható, ha a piac által a nézők száma megjelölt választékot például a *Szerelemhaji* és a *Fantázia-sziget** jeleníti meg. Ebben a tekintetben a CBS és a többi nagy médiaszolgáltatónak egészen illusztrálja - mint példa, és nem mint kivétel -, hogyan működik a média egésze a kapitalizmusban. Igaz, a CBS és az elektrikus média többi csatornája az államtól kapott frekvenciahasználati engedély révén tevékenykedik, mely rendszer a frekvenciaszűkösség érvén alapszik. Azonban azok a veszélyek, amelyekről én beszélek, nem korlátozhatók az olyan esetekre, amikor a közéleti viták torzulása inkább a gazdasági, minisem a jogi, illetve technikai indokoknak tulajdonítható.

Az egyének az a joga, hogy „szabadon” alapíthassanak újat, nem vonatkozik a tévécsatorna indítására, mivel az utóbbi esetben mind tökére, mind az állam engedélyére szükség van, szemben az újság példájával, ahol csak tökére van szükség. Azonban önmagában a tény, hogy tökére van szükség, aggodalomra adhat okot, hisz a tökéigény éket ver az autonómia és a közéleti vita közé. Az állami frekvenciahasználati módokon torzítják a piacot, ám még a közgazdászok ábrándjaiban élő piac is befolyásolja a közéleti vitákat, nem feltétlenül csak olyan tényezők miatt, melyek közvetlenül kapcsolódnak az eladhatóság logikájához, hanem olyan tágabb meghatározottságot jelentő ügyek miatt is, mint a társadalmi nemek egyenlősége vagy a nukleáris cszközök terjedése (jóllehet nehéz megítélni, hogy az efféle ügyek milyen módon, milyen irányba fogják elhárítani a közéleti vitákat). Nem csoda, hogy a szólásszabadság-hagyományt hajlamosak vagyunk „a gondolatok piacának” (*marketplace of ideas*) nevezni.²⁵

²⁵ Az ABC tévécsatornán 1978 és 1984 között futó fantasz sorozat *A ford*.
 A metatörténet Holmes bíró nevezetesen különvéleményéből származik, *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919). - Holmes, különvélemény. „De amikor az emberek felismernek, hogy az idő számos viaskodó meggyőződést elvet, a saját személynélis elvetve a saját hitét is jobban kezdtek hinni abban, hogy a vágyott végső jó környékben érhető el az eszmék szabad adásvételé révén, azaz, hogy az igazság legjobban mérője a gondolat hatalma, mely révén az ellógadatijsa magát a piacon zajló verseny során.” „Maga a „gondolatok piac” elnevezés furcsa módon Brennan bírótól származik. Lásd *Lamont v. Postmaster General*, 381 U.S. 301, 308 (1965). Brennan bíró, párhuzamos vélemény. Brennan Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatban kialakított véleményének delibératív elemé való és közvetlen veszélyt észlel, de annak nem volt szájíze szerint való a piac-metatörténet. A szólásszabadság-hagyományt pedig a bírótól lásd ezen ítélet esszéit: David Core: *Agony at Agony* Creative Misreading in the First Amendment Tradition, 95 *Yale Law Journal* 857 (1986).

II.

A klasszikus liberalizmus éles elkülönültséget tételez az állam és a polgár között. Arra tanít bennünket, hogy óvakodjunk az államtól, a szabadság és a korlátozott állam közé pedig egyenlőségjelet tesz. A szólásszabadság-hagyomány e szemléletre épít, amikor a szabad szólást az autonómiára redukálja, és az autonómiát a kormányzati beavatkozás hiányaként definiálja. A liberalizmusnak az állammal szembeni bizalmatlanságát jól fejezi ki a rendőr és a szappanosládáról beszélő utcasarki szónok ellentéte, illetve a meggyőződés, hogy a rendőr a beszéd ellensége. A szólásszabadság bevett tradíciójában a szabad beszéd pusztán egy alkotóelem lesz - talán az egyetlen, ami megmarad²⁶ - a kormányzat korlátozásának jóval szélesebb jogalapjából. Vonzerejét nagyban köszönheti a liberalizmussal kapcsolatos történelmi elkötelezettségünknek.

Amikor azt javaslom, hogy az utcasarokról a CBS-re összepontosítsuk figyelmünket, akkor ezzel nem akarom tagadni az államnak és a polgárnak a klasszikus liberalizmus általi megkülönböztetését. Ehelyett álláspontom az, hogy nem egy mástól hermetikusan elzárt szféraként kell szemlélnünk őket. A CBS se nem egy állami cselekvő, se nem egy privát állampolgár, hanem valami mindkettőjükből. A CBS magántulajdonban van, és dolgozóit nem az államkincstár fizeti. Ugyanakkor az is igaz, hogy a CBS központi tulajdonát - a műsorszolgáltatási engedélyt az állam hozta létre és adta át a tévécsatornának. Ez adja azt a jogot a CBS-nek, hogy másokat kizárjon a számára átadott frekvenciasávból. Ezen kívül a CBS az engedély birtokában másféle, általánosabb előnyökhöz is jut, például a cégbejegyzés vagy az adózás révén. A CBS-re igaz, hogy emellett közfunkciókat is ellát, mégpedig az oktatásban. Ilyenformán a CBS-ben keverednek a magán és a köz elemei. Ugyanez igaz a nyomtatott sajtóra, csakúgy, mint minden vállalatra, szakszervezetre, egyetemre és politikai szervezetre. Manapság a társadalom nagyobb részét olyan szervezetek teszik ki, melyekben helyet kap a magán- és a köz-szféra is.

²⁶ Lásd Ronald H. COASE: The Market for Goods and the Market for Ideas. 64 *American Economic Review, Papers and Proceedings* 384 (1974); Aaron DIRECTOR: The Parity of the Economic Market Place. 7 *The Journal of Law and Economics* 1 (1964)

Az utcaszóról a CBS-re való összpontosítás révén felismerhetjük a jelentős társadalmi intézmények hibrid jellegét; így kezd leomlani a választal itt-ott a klasszikus liberalizmus által elválasztottnak tekintett köz- és magánszféra között. Hasonlóképpen a szemléletváltás megspórolja számunkra azokat a földesleges osztályozási gyakorlatokat, amikor is azt latolgatnánk, hogy a CBS „igazából” a magán- vagy a közszférához tartozik-e, és emellett a szolásszabadság-hagyomány ki-csinny drámája által megöröklített sztereotíp szerepeket is újratérítkelehetjük így. Többé nem hagyalkozhatunk arra a meggyőződésre, hogy a rendőrszükségképpen gonosz, és hogy az állampolgár jó. Az Elsd Alkotmánykiegészítés által védelmezett ügyekben éppúgy eljáratat fenyegetőleg egy magánsemmély, mint egy állami szervezet. Egy magánbörkövel működő vállalat éppúgy fenyegetheti a közbeszed koznak, melyek korlátokat szabhatnak nekik a tekintetben, hogy mit mondhatnak vagy másoknak mint engedhetnek mondan. Az állam rendelkezik a legitim erőszak monopóliumával, azonban nincs szükség e különleges hatalmi jogosultságra ahhoz, hogy féken tartsa és korlátozza a közügyek tárgyalását. Egy többszörigazgatónak nem kell letartóztatnia valakit (jogosan vagy másképp) ahhoz, hogy megvalósítsa a cél, elég, ha egy műsor helyett egy másikat választ, és bár a döntés nem teljesen teiszölleges vagy önkényes, mert korlátozza azt a piac, ez a tényező nem csökkenti a közügyek megvitatására gyakorolt fenyegetést. Ehelyett ez épp maga a probléma forrása. És az úgynevezett magánközben lévő média ugyanilyen korlátozások közepette működik, a piac igényekszik korlátozni és határok közé szorítani a közhitre tett témákat.

Csakúgy, ahogy többé nem lehet kijelenteni, hogy a magánsemmély csupán szabadságból áll, az államtól sem állíthatjuk, hogy csak cenzúrázza. Ez úgy szintén annak a tanulságra, hogy immár nem az utcaszór szónokai, hanem a CBS-t vizsgáljuk. E szemléletváltás emlekezetet bennünk arra, hogy a modern világban az állam éppúgy gazdagíthatja a közéleti vitákat, mint ahogy korlátozhatja azokat. Az állam ezt részben különféle támogatások és más jutatók révén teheti. Itt nem csak olyasmikre gondolok, mint az állam szerepe abban, hogy a CBS frekvenciához jutott, hanem az állami ráfordításokra, melyek révén közlelviziók és közrádiók, állami és magánegyetemek és közoktatási rendszerek működnek. Ezek az intézmények a közéletben egyelőre tárnak olyan témákat és szempontokat, amelyeket amúgy elhanyagolnának vagy figyelmen kívül hagynának a piaci követelmények által befolyásolt, magánközben lévő intézmények. Ezáltal rendkívüli mértékben hozzájárulnak a közügyek nyilvános megbeszéléséhez, és így élveznük kell mindazokat az előjogokat, melyeket a magánbörkö segítségével működő intézményeknek szánunk (és természetesen eszerint ugyanolyan korlátoknak is kell vonatkoznuk rájuk, mint amilyenek a magánközben lévő intézményekre vonatkoznak).

A támogatásokról szóló rendelkezéseken túl felmerülhet, hogy az állam éppenséggel úgy gazdagíthatja a közügyek megvitatását, ha a rendőrszór már megismert szerepét magára öltve végzi a szabályozás feladatát. A CBS arra tanít bennünket,

hogy az efféle kormányzati cselekvésre megintcsak a tartalomra alapozva – szükségünk lehet szabadságunk védelme érdekében. A média azon hatalmát, hogy azt sugározza, ami tetszik neki, korlátozni kell; mivel – ahogy láthattuk a behelyettesítés logikájának elemzésekor – e hatalomnak mindig két éle van. Minden pillanatban elvesz valamit a közügyek megtárgyalásából, amikor épp hozzáad valamit. Hasonló módon lehet, hogy a politikai kiadásokat is korlátok közé kell kényszeríteni ahhoz, hogy biztosak lehessünk abban, hogy a kevésbé teherősek hangját nem fogják elnyomni a közéleti vitákban. A múltban ambivalens módon ismertük el az illetén állami szabályozás létjogosultságát a szólásszabadság nevében – lehetővé tettük, hogy az elektronikus médiát szabályozza a méltányosság-doktrína, és a kampányfinanszírozás is korlátokat kapott. Ám még e szabályozási mechanizmusok is folyamatosan viták keresztjében álltak, mindenesetre a szabályokból inkább többre lenne szükség, mint kevesebbre. Például szükség lenne törvényekre, melyek az új nyilvános terek, a bevásárlóközpontok és plázák tulajdonosait kötelezik arra, hogy megnyissák e helyeket a politikai broszúrákat osztogató aktivisták előtt.

A gazdag közéleti viták iránti elkötelezettség megengedi, olykor kimondottan szükségessé teszi, hogy az állam ilyen esetekben cselekedjen, tűnjenek bármilyen elnyomó jellegűnek első látásra ezek az intézkedések. Az autonómiát feláldozzuk ugyan és tartalomszabályozásra is sor kerül, azonban csak azon meggondolástól vezerve, hogy a közéleti viták gazdagodnak ily módon, és gyarapodnak képességeink a demokratikus önrendelkezés gyakorlására. E megközelítés kockázatai nem elhanyagolhatók, és ha bármely pillanatban riasztónak tűnnek, csak akkor tudjuk megítélni őket, ha mérlegeljük az autonómia korlátlan uralmának rejtett költségeit is.

Megközelítesem mélyén az a meggyőződés rejlik, hogy a jelenkori társadalmi rendszer épp annyira a szabad szólas ellensége, mint a rendő. Vannak, akik e meggondolástól vezetve egyenest a társadalmi rendszert támadják, mondván, a hatalmi koncentrációt kell szétzúzni és szétszórni oly módon, ami Jeffersonnak kedvencé lenne. E megközelítés olyan megoldást javasol, amely közvetlenül a problémára forrást veszí celba, mely eljárás mint szociális és jogi kérdés, sőt, talán mint etikai kérdés, biztos, hogy túl van a mi századékainkon. Az Első Alkotmánykiegészítés nem kíván forradalmat. Kíváncsi azonban némi változást az állammal kapcsolatos feltevéseinkben. Meg kell tanulnunk az államra a szólásszabadság bárájaként, és nemcsak ellenségeként tekinteni; mint bármely szereplő a társadalomban, az állam is képes mindkét minőségében cselekedni, és a közéleti viták kérdésset próbálóként használva meg kell tanulnunk megkülönböztetni e két arcát. Amikor az állam a közéleti viták gazdagítása érdekében cselekszik, ebből tetteit mint az Első Alkotmánykiegészítéssel harmóniában lévőket kell elismernünk. Sőt mi több, ha alkalmanként ezt elmulasztja szavatolni, bizalommal fordulhatunk az államhoz azt követelendő, hogy támogatólag lépjen fel e célért. Az állam köteles-sege, hogy biztosítsa a közéleti viták sértetlenségét – meglehetősen hasonlóan ahhoz, ahogy egy jó tanár cselekszik, de nem azért, hogy a meggyőződést belénk nevelje, vagy az „igazságot” mindenáron beleverje a fejekbe, hanem, hogy örökd-jön az igazi és szabad kollektív önrendelkezés körülményei felé. Folyamatosan cselekednie kell a társadalmi rendszer torzulásait egyengetendő, azt biztosítandó, hogy a fennálló rendet azért ismerjük el, mert hiszünk benne, mert ez a legjobb, és nem azért, mert ez az egyetlen, amit ismerünk vagy amelyet ismerünk engednek. Felmerülhet a kérdés, hogy az általam támogatott (bátorítalak) strukturális megközelítés vajon nem jelent-e szakítást a szólásszabadság-hagyományával, és ehhez lármával szembeni bizalom nyomain. Ezek közül egyik a *Red Lion*-eset, mely fenn-tartotta a méltányosság-doktrínában foglaltakat a médiaszabályozásban és az olyan

beszélők megnyilatkozásainak tartalomszabályozását, mint a CBS.²⁷ Ezen eset természetét tekintve kilóg a szólásszabadság-hagyomány általános szerkezetéből, és sosem lett kellőképpen megindokolva. Mindig csudabogárnak számított, amit bár megtűrtek, igazából sosem tudtak igazolni, és tették ezt azon az alapon, hogy a műsorszolgáltatók az államtól kapják működési engedélyüket. Sosem fejlődött tovább, amint egy megfelelőképp indokolt precedenstől elvárható lett volna, hogy hasonló intézkedések számára szolgáljon alapul az írott sajtóra vonatkozóan, vagy hogy a méltányosság-doktrína minden velejárójával együtt kötelezővé váljon, ne pedig megengedhetővé. Az elv pályagörbéje épp az ellenkezőt sugallta. Nem kis jelentőséggel bír számomra, hogy Kalven (és jó néhány, a szólásszabadság-hagyomány keretein belül tevékenykedő kutató) a *Red Lion*-esetben írtak Amicus Curiae-leveleket a média érveit támogatandó.²⁸

Azonban az Első Alkotmánykiegészítés-doktrínának van egy másik aspektusa is, amely igazolja annak elfogadó attitűdjét az állammal kapcsolatban, és amely alaposabban körülbástyázott és talán megfelelőbb módon indokolt. Amire itt utalok, az Kalvennek a „a heccelő vétője” (*heckler's veto*) elnevezésű formulája.²⁹ E doktrína eredete Black bíró különvéleményére vezethető vissza a *Feiner v. New York*³⁰ esetben, de ma már saját jogán része a szólásszabadság-tradíciónak. Ezen elgondolás elismeri, hogy amikor egy beszélő feldühíti a tömeget, és emiatt a beszélőt fenyegető tömeg révén veszélybe kerül a közbéke, akkor a rendőrnek annak érdekében kell cselekednie, hogy biztosítsa a szónoknak a beszéd lehetőségét. Ahogy Kalven egyszer ezt megfogalmazta, a rendőr dolga, hogy megfékezze a tömeget. Az állam határozott fellépését támogató „heccelő vétője”-doktrína ilyenformán afféle ékként viselkedik azt javasoló előterjesztésemben, hogy próbáljunk meg másképpen gondolkodni az államról, ám még mindig hagyná a Legfelső Bíróságot a szólásszabadság-hagyomány keretein belül tevékenykedni. Közelebbről szemügyre véve e kérdést azonban azt hiszem, hogy e felfogás csupán jámbor óhaj marad, és a múlttal egy radikálisabb szakítás szükséges.

Először is, a „heccelő vétője” nem kívánja annak a nézetnek a felfüggesztését, hogy a szabad szólás az autonómia része. Az állami beavatkozás ebben a vonatkozásban azért lehet szükséges, hogy a beszélő autonómiája „valódi” vagy „hatásos” legyen. A szappanosládán álló szónoknak *valódi* esélyt kell adni a beszédre. Ezzel

²⁷ *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367 (1969)

²⁸ Köztük olyanok, mint Archibald Cox és Herbert Wechsler (a *New York Times* jogásza a *New York Times v. Sullivan* ügyben). Lásd *Brief for Respondents Radio Television News Directors Ass'n and Brief for Respondent Columbia Broadcasting System, Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367 (1969).

²⁹ Harry KALVEN, Jr. *The Negro and the First Amendment*. Ohio State University Press, 1965. 140–45.

³⁰ 340 U.S. 315 (1951)

szemben az én javaslatom nem torodik a beszélt autonómiával, annak valódiságával vagy hűségével, számomra a közéleti vita minősége fontos. Felfogásom a hallgatóra, a közönségre összpontosít. A beavatkozás a közéleti vitáig, dagittásnak szándékan alapszik, és jöllehet a „valódi” vagy „hatásos” autonómiát foglalnát ki lehet annyira tagítani, hogy magába foglaljon egy sor olyan intézkedést, amelyek a közéleti viták gazdagítását célozzák, e stratégia manipulatív természetét tüstént nyilvánvaló lesz, ha a beavatkozás ártogó és mindentse kiterjedő természetét tekintetbe vesszük. Ugyiszintén nem könnyű felismerni, hogy igazából mit lehet elérni egy ilyen stratégiával. Az autonómiát ebben a tültségosan kiterjesztett felfogásban megmarad központi értékként, ám vegyük észre, hogy míg a bevett szolásszabadság-hagyományban a kormányzati beavatkozásra való eakcióként működött, ebben a stratégiában az ilyen beavatkozás támogatójaként szolgál. Az autonómiát így névelgesen megmenekül, ám másfajta célok szolgálatára áll.

Másodsor, bár a "heccelő vétoja" doktrina támogatja a törvény erős kezét, ezt csak kivételes esetekben teszi, amikor erősnek tűnik, amikor erős kezűt akarja, nem a beszélőre, hanem a tömegre kell összpontosítani. Az általános szabály szerint az államnak nem szabad beavatkozni, ám amikor ez elkerülhetetlen, akkor akire ez irányul, az nem lehet a beszélő. Ellenkéntben ezzel, a strukturális megközelítés az állam beavatkozását egy jóval gyakoribb és rendszereszerűbb tevékenységnek tekinti. E beavatkozás legkésebb példája ismét csak a méltányosság-doktrina, egy vállalkozás és kidolgozott, évtizedek alatt kialakult szabályozásügyűjtemény és intézményi intézkedéscsomag. Az ilyen beavatkozások más megnyilvánulásai az olyan szövetségi és állami törvényekben jelennek meg, amelyek a kampánytárgyakat, mint például a kampánykövetési szabályozás, vagy pedig olyan, egyes amerikai tagállamok által hozott törvényekben, amelyek hozzájárulnak a magán-tulajdonban lévő beavatkozások politikai aktivitásának számára. E törvények maguk után vonják az állami beavatkozás egy formáját, mely gyakoribb és jóval több mindent kiterjed, mint a heccelő alkalmankénti lejáróztatása.

Harmadsor, amikor a rendőreljárás a bejáráló közzé, nem tűnik úgy, hogy bármilyen nagy jelentőségű érdek sérülne. A kormány korlátozza a közzékördő heccelő szabadságát, ám a közzékördő nem övezi nagy tokomzeny. A közzékördő heccelő obstruál, akinek a megnyilvánulása sokkal kevésbé egy gondolat közreadásáról szól, mint inkább arról, hogy más megakadályozzon abban, hogy megossza gondolatait a többiekkel. Meglehetősen kétdimenziós módon úgy szokták definiálni őket, mint akik megtagadják mások jogainak tisztelben tartását. Igen, megkapják őket is az esélyt arra, hogy beszéljenek a szappanosládán, ha ez az, amire vágyanak, de ki kell várniuk a sorukat. A fő kérdés, úgy tűnik, az időzítés. Azok a törvények azonban, melyek az elmúlt évtized során a Legfelső Bíróságot megosztották és amelyeket a strukturális megközelítés védni kíván, a bejáráló heccelőket által képviselni jóval alapvetőbb érdekeket veszélyeztetnek.

Legvégül pedig a szóban forgó törvények magukban foglalják egyes, a magántulajdonhoz kapcsoltnak tekintett jogok csorbítását - azon jogét, hogy a tulajdonát képező földterületről az ember bárkit kitilthat, vagy azon jogét, mely szerint mindenki úgy költi el a saját pénzét, ahogy az neki tetszik. Egyes esetekben a tét még nagyobb is. maga a szabad szólás. A szóban forgó törvények egyének vagy intézmények abbéli jogát fenyegetik, hogy azok azt mondják, ami tetszik nekik, és pontosan mondanivalójuk tartalma miatt lesz ez osztályrészük. A méltányosság-doktrína egy csoportja megköveteli a tévétársaságoktól, hogy „közéleti kérdésekkel” foglalkozzanak, míg mások elvárják az újságok „kiegyensúlyozott tárgyalását”. Akármelyik esetet is nézzük, egy állami intézmény fog ítéletet hozni arról, hogy mi minősül „közéleti kérdésnek” vagy hogy a közügyek tárgyalása mikor „kiegyensúlyozott”. Szükségszerű, hogy a figyelem arra irányuljon, hogy mi hangzott el és hogy mi nem hangzott el. Hasonlóképpen, a politikai célú pénzköltést szabályozó törvények, melyek megakadályozzák a gazdagokat abban, hogy uralják a közéleti vitákat, szintén magukban foglalnak bizonyos ítéleteket azzal kapcsolatban, hogy mely nézetek kapnak és melyek nem kapnak megfelelő mértékű nyilvánosságot. Ugyanez igaz még akkor is, ha az állam támogató jellegű stratégiákat folytat, például amikor jelöltek költségeihez járul hozzá, könyveket vásárol vagy tananyagot jelöl ki.

Az autonómia szempontjából e veszélyek különösképp jelentősek és egyesek számára döntő okként jelennek meg, amikor az efféle beavatkozásokat ellenzik. Még ha változtatunk is a nézőpontra és a gazdag közéleti vitát becseréljük az autonómiára, mint az Első Alkotmánykiegészítés által védett értékre, még mindig van miért aggódni, és nagyobb mértékben, mint a bekiabáló heccelő elhallgattatása esetén. Meglehet, hogy az állami beavatkozás és a tartalomszabályozás kimondott célja a közéleti viták gazdagítása, ám könnyen megeshet, hogy ezzel pontosan ellentétes célt ér el. Lehet, hogy épp ezáltal szűkül a publikum számára az információ és a rendelkezésre álló választási lehetőség, és így tovább súlyosbodik a közvitáknak a társadalmi struktúra által okozott torzulása. Igazából jó okunk van azt gyanítani, hogy az a helyzet, amit Lindblom körköröséssel kapcsolatos gondolata sugall: a társadalmi struktúra éppoly valószínűséggel befolyásolja az állam cselekvését (különösen a törvényhozás és a kormányzat területén), mint amennyire befolyásolja a közéleti viták minőségét.

A szabadságnak megvan a maga költségei. Amelyeket az imént felsoroltam, ellen intézkedő hatalom logikájától, illetve az általános szólásszabadság-hagyománytól, melynek az része. Azonban megmarad a kérdés: talán a végső mind-egyik közül –, miszerint van-e elég ok tejleszen elvetni a strukturális megközelítést, és visszafordulni a szólásszabadság bevett tradíciójához, valamint az autonómia védelméhez. Lehet, hogy túl nagy a költség? Amikor az állami beavatkozás áldozatokat kíván az élet hétköznapi értékek által meghatározott területén, például a tulajdonjoghöz kapcsolódó területeken, a válasz nyilván az lesz, hogy „nem”. A szabad szólas nem luxus. Olykor áldozatokat kell hozni, és jöllehet ezen áldozatoknak is megvan a határa (ahogy a Legfelső Bíróság egykori tagja, Jackson bírő mondta, az Alkotmány nem „öngyilkossági szerződés”),³¹ a szabad szólas oly közel van alkotmányos struktúránk legbelső magjához, hogy a mértleg nyelve a szólásszabadság felé fog billenni. Ebben a tekintetben a strukturálisista magabiztosan kölcsönözheti a progresszívok arányos kiegyenlítő mechanizmusát, mellyel az autonómia érdekében védtek a beszédet. A beszéd hagyományosan akkor is védendő, amikor az keblemelenségekkel, kaosoz okozásával vagy profitvesztéssel jár, és nem látok okot arra, hogy ugyanezt a szabályt miért ne lehetne alkalmazni a közéleti viták gyarapítása érdekében – ahol az állam nem mint a beszéd ellensége, hanem mint a barátja lép fel.

³¹ *Termunello v. Chicago*, 337 U.S. 1, 37 (1949) Jackson bírő, különvélemény: „[H]a a Bíróság nem csillapítja némi gyakori bűncselekményekkel szembeni logikáját, akkor az alkotmányos Jogok Törvényét egy bünyilkossági szerződésé fogja átalakítani.”

mazva a kifejezést, mely az ötvenes-hatvanas években inspirálta a progresszívokat, és amely a szólásszabadság-hagyománynak oly nagy életerőt kölcsönzött, a szólásszabadság „előnyben részesített szabadság”³² (*preferred freedom*). Az egyetlen különbség, hogy a strukturális megközelítés az autonómia védelmét felcseréli a közéleti viták védelmére, és a szabad szólás nem az állami cselekvés korlátjaként, hanem annak indokaként cselekszik. Ugyanez az arányos kiegyenlítő mechanizmus érvényesül a benne foglalt értékhierarchiával együtt, csak épp megfordul az állam és a szabadság viszonyának hagyományos szemlélete. Az „előnyben részesített szabadság” vagy az arányos kiegyenlítés fogalmai ugyanakkor nem sokat érnek, amikor az állam cselekvése nyomán feláldozott érdekek nem olyan „szokványosak”, mint a kényelem vagy a költség, hanem olyanok, amelyeket az Első Alkotmánykiegészítés szintén védelemben részesít. Ekkor úgymond az egyenlet mindkét oldalán megjelenik az Első Alkotmánykiegészítés: lehet, hogy az állam azon van, hogy gazdagodjanak a közéleti viták, ám lehet, hogy azok pont emiatt lesznek szegényesebbek.

Ez a veszély, melyet a méltányosság-doktrína hordoz - itt most nem az intézményes autonómia korlátozásáról szóló szavakra gondolok -, teszi a doktrínát oly kérdésessé. A doktrína gyarapítani kívánja a közéleti vitákat, és e célból kötelezi a műsorszolgáltatókat arra, hogy közéleti ügyekről számoljanak be, és hogy a vitatott kérdések kapcsán bemutassák a vitatkozó nézeteket, ám mindközben korlátozza is a közéleti kérdések megvitatását azzal, hogy megakadályozza a médiát abban, hogy azt mondja, amit (piaci szempontok érvényesülése, vezetők politikai nézetei vagy pénzügyi támogatók miatt) különben mondott volna. A remény szerint gazdagodik a közéleti vita, ám ott a félelem is, hogy ez éppen fordítva is elsülhet; vagy azért, mert a csatornák lényegtelen kérdésekről kötelesek beszámolni, vagy pedig mert áttételes módon elbátortalanodnak a kockázatvállalástól, és így sérülnek a szakmai függetlenség normái. A gazdagok, illetve a vállalatok politikai célú pénzköltését korlátozó szövetségi és tagállami törvények szintén elsülhetnek fordítva. E törvények célja azt biztosítani, hogy mindenkinek a szava megjelenjen a közbeszédben, beleértve a kevésbé jómódúakét is, hogy ezáltal a közéleti vita gazdagodjon. Ám ugyanakkor elképzelhető, hogy e törvények túlszabályoznak, és a vitába beleavatkozva előnyben részesítenek bizonyos nézeteket, és így sértik az Első Alkotmánykiegészítés demokratikus célkitűzéseit.

Nem hiszem, hogy az Első Alkotmánykiegészítés kontraproduktivitása minden olyan ügyben reális veszély lenne, amikor az állam a közéleti beszéd gyarapításáért tesz valamit, mint ahogy az nyilvánvaló lehet abból, ahogy a bevásárlóközpon-

³² Lásd Robert MCKAY, *The Preference for Freedom*, 34 *New York University Law Review* 1182 (1959).

tok szölesszabadság ügycit tárgyalom (példaul amikor az andalító plázazent tita-
közö dalok válgák föl, az is érv az egyik oldalon). Mindeenesetre, minthogy hiszek
abban, hogy a szökösség inkább a szabály, mint a kivétel a politikai közbeszédben,
és hogy e helyzetekben egy megnyilatkozás mindig kiszorít egy másikat, így el-
 kell ismernem, hogy mindig fennáll a jó szándékkal ellenétes következmény ve-
 szélye. E veszély elismerést nyert a strukturalista és a „beccelő véőja” doktrínák
megkülönböztetésének tárgyalásakor, és ismét felhívom a figyelmet, hogy – mint
atta Lindblom körkörösség-problémája tanít bennünket –, az állam nem immunis
a befolyásolás és a manipuláció csábításával szemben. Azért fordulunk mégis
hozza, mert ez az egyetlen remény, az egyetlen eszköz, amellyel a társadalmi
struktúra közéleti vitákra gyakorolt torzító hatását orvosolhatók, és mégis a világ
összes indoka azt sugallja, hogy az állam nem annyira a „közről” szól, mint
amennyire az látszik, hanem ugyanazon erők felügyelete alatt teszi a dolgát, mint
amelyek a társadalmi struktúrát is uradják. Igazából azért választottam a CBS-t (és
nem mondjuk a bevásárlóközpont) új paradigmaaként, és érvelem úgy, hogy
beszélőnek kell tartanunk (és nemcsak fórumnak), hogy így hívzzam alá – és nem
pedig, hogy elbágyatellizáljam – az állami beavatkozás problématisztus természetét.
A CBS vádat fogalmaz meg a szölesszabadság bevett hagyományával szemben, és
ugyanakkor fájdalmasan emlekezteti a strukturalistákat arra, hogy amikor az ál-
lam valamit hozzátessz a közügyek megvitatásához, ugyanakkor el is vesz belőlük
valamit. A remény ellen szegzett remény az, hogy a végző elszámolásban jobban
jövünk ki, mint ha az autonómia uralma alatt maradnánk.

Az Első Alkotmánykiegészítés kontraproduktivitása által okozott veszélyek ki-
különböztésének terhe nagyrészt a bíraskodásra hárul. Az alkotmányos értékek
legtöbör özői a bírák, és az intézményesített szolgálati rend, illetve a bírói fizetés
szabályozása miatt, továbbá a szakmai normák révén, melyek elszigetelik őket a
politikától, a bírák a többi kormányzati tisztviselővel valószínűsíthetően na-
gyobb függetlenséget élveznek azon erők hatalmával szemben, amelyek a társa-
dalmi struktúrát (a piacot) uradják. Az Első Alkotmánykiegészítés védelmének
terhe az övék, és a strukturalis megközelítés értelmében ez egy gyötrelmekkel
járó vállalkozás. A bírák hozzászoktak ahhoz, hogy egymással szemben álló ér-
tekeket mérjenek össze, azonban ebben az esetben a konfliktus különösen fej-
fájdító, hiszen mindkét oldalon hasonló fontosságú és jellegű értékek szere-
pelnek.

Nem érvelhetünk könnyedén amelleit, hogy a bíróságek lehetővé teszik a politi-
kai intézményeknek, hogy kísérletezzenek vagy kockáztassanak, mint ahogyan mi
teszünk akkor, amikor a cél valamely produktív hatékonyság vagy adminisztratív
megfelelés az elszennvedendő veszélyek minőségileg hasonló súlyt képviselnek,
mint az elnyerhető előnyök. Nem lehetünk nyugalmat az alkalmazzukó doktri-
nában sem, melyek általában azt kívánják a bíróságoctól, hogy tartassák tisztelet-
ben a törvényhozó és kormányzati intézmények előogait. Ezen intézményeket is
éppen annyira a hatalmuk alá tudják hajtani a társadalmi struktúrát uráló erők,

mint amennyire a közéleti vitákat. És ennek az összefüggésnek éppoly kevésbé látom értelmét, mint annak, hogy a diszkrimináció tárgykörében³³ egy olyan állásponthoz forduljak vissza, amely a közreműködő állami intézmény motivációit vagy jóhiszeműségét hangsúlyozza: a demokrácia szempontjából nem az számít, hogy az intézmény mit kíván tenni, hanem hogy mit tett valójában. Az állami beavatkozás indokoltságának megítéléséhez az eljáró bíróságnak közvetlenül és egyértelműen fel kell tennie a kérdést, hogy az állami beavatkozás gazdagította-e a közélet vitáit, vagy szegényesebbé tette őket.

Ez nem könnyű kérdés, különösen miközben tesszük, amit tennünk kell, anélkül, hogy rendelkezésünkre állna olyan útmutatás, mint amelyet Marcuse is megfogalmaz arra nézve, hogy milyen nézetek hangoztatása engedhető meg egy demokráciában. Biztosnak kell lennünk abban, hogy minden értékes mondanivaló elmondott, csak hogy honnan tudjuk, hogy mi az értékes? E kérdés megválaszolása, továbbá azon normák megalkotása során, melyek révén megtudhatjuk, mikor erőteljes a közbeszéd, segítségünkre lehet az a régi megállapítás, mely szerint mindig könnyebb tetten érni az igazságtalanságot, mint elmagyarázni, hogy mi az igazság. A faji egyenjogúságot való küzdelem területén³⁴ e negatív stratégiát folytattuk, amikor a bíróságon alapuló diszkrimináció megengedhetetlen hatásait („csoporthátrány okozása”, „hatásbéli aránytalanság”) igyekeztünk azonosítani, anélkül, hogy elköteleződünk volna egy meghatározott végállapot mellett. Úgy gyanítom, hogy hasonlóképp kell eljárunk az Első Alkotmánykiegészítés területén is. Igazából az az eljárás tűnik ezen irányvonal eredetének, ahogyan White bíró legfelső bírósági döntésekben használta a „kiszorítás” vagy az „uralom”³⁵ fogalmait azt megvilágítandó, miként torzítja el a közügyek megvitatását az autonómia égisze alatt a társadalmi vagy gazdasági hatalom. Természetesen ezek csak a kezdetek, talán annak is csupán apró lépései, és nem szabad, hogy illúzióink legyenek azzal kapcsolatban, hogy mennyi nehézséget rejt az előttünk álló út.

Ugyanakkor a realizmus nem egyenlő a pesszimizmussal, és ebben a vonatkozásban én optimista vagyok. Hiszek az értelemben és a törvény határozott és inkrementális módszereiben: a bíróságok nincsenek jobban akadályoztatva abban, hogy a közügyek megvitatásának gazdagítására vonatkozó ideát tartalommal töltsék meg, mint egyébként bármely más eszme (például az autonómia) esetében.

³³ Lásd Owen M. Fiss: Inappropriateness of the Intent Test in Equal Protection Cases, 74 *Federal Rules Decisions* 276 (1977) a megjegyzések az 1976. szeptember 11-én megrendezett Éves Igazságügyi Konferencián hangzottak el (*Annual Judicial Conference, Second Judicial Circuit of the United States, Sept. 11, 1976*).

³⁴ Lásd Owen M. Fiss: Groups and the Equal Protection Clause. 5 *Philosophy and Public Affairs* 107 (1976).

³⁵ *First Nat'l Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S. 765, 809–12 (1978) White bíró, különvélemény.

Kiartók abbéli hitem mellett is, hogy milyen fontos igazából nem fontos, hanem sürgős – az az utazás, amelyre a strukturálisták hívtak bennünket. Hacsak nem hagyjuk abba Brennan bíró varázsigéjének mára kissé hervasztóvá vált ráolvasás-szerű ismételtetését, és kezdjük azt latolgatni, hogy mit is értünk pontosan „korlátlan, erőteljes és szélesre nyitott” vitán, és hogy melyek lennének azok a tettek és stratégiák, melyek e cél felé vezetnek, sose fogjuk megteremtteni egy valódi demokrácia feltételeit

V.

Nem várom mindenkitől, hogy osztozzon az optimizmusomban. Megérttem azt, aki elismeri, hogy a társadalmi szerkezet valamiképp rongálja a közéleti viták tárgyalását, ám végül mégis azt a következtetést vonja le, hogy a strukturalista megközelítés által megkívánt tennivalók túl nehezek vagy túl veszélyesek. Egy efféle állásfoglalás annak a tragikus helyzetnek az elismerése lenne, amelyben élünk tudjuk, hogy mit kíván a szabadság, azonban túl nehéznek vagy túl veszélyesnek tartjuk, hogy azt tegyünk, amit a szabadság kíván. Ám a hetvenes években a Legfelső Bíróság meghatározó többségének nem ez volt a véleménye a szólásszabadság-esetekben. Például a Legfelső Bíróság nem fogta fel tragédiaként, amikor érvénytelenítette Massachusetts államnak a kampánycélokra költhető vállalati hozzájárulások mértékét korlátozó törvényét; amikor is elismerte, hogy az „uralom”, ahogy azt a testület tagja, White bíró kijelentette, összeütközésbe kerülhet egyes, az Első Alkotmánykiegészítésben foglalt értékekkel, azonban, érvelt White, túl veszélyes, avagy túl nehéz feladat lenne még akár annak a latolgatása is, hogy a kampányköltségek szabályozása területén az állam végezze el a korrekció feladatát. Ellenkezőleg, Powell bíró a Legfelső Bíróság ítéletét mint az Első Alkotmánykiegészítés teljes és győzedelmes érvényesítését hirdette ki. És mindenekelőtt ez a momentum az, amit a legaggasztóbbnak tartok, és ami alapján azt gondolom, hogy nem a Legfelső Bíróság tagjaival van a probléma, hanem a szólásszabadság hagyományával.

Egyes legfelső bírósági bírók felismerték az autonómia és a gazdag közéleti viták ideájának szétválását, és késznek tűntek arra, hogy a közéleti vitákhoz fűződő értéket akár az autonómia rovására is tiszteljék és védelmezzék. Hébe-hóba hajlandónak mutatkoztak arra, hogy türelmesen és fegyelmezetten dolgozva megbizonyosodjanak arról, hogy a megkérdőjelezett intézkedés inkább gazdagította, mintsem szegényítette a közéleti vitákat. Legjobb pillanataikban még az intézményi felépítés kérdéseire és az Első Alkotmánykiegészítés kontraproduktivitása által okozott veszélyre is figyelmet fordítottak. Itt most a testületből különösen White és Brennan bírákra gondolok, bár néha még ők is meg-megbotlottak a szólásszabadság-hagyomány nehéz terhével a vállukon. A testület többségének módszere teljesen más volt, ami legjobban talán Powell bíró munkásságával ábrázolható. Számukra minden az autonómiáról szólt mintha csak ismét az utcasarkon áll-

nánk, ahol az Első Alkotmánykiegészítés dolga semmi más, mint hogy megállítsa a rendőrt. E bírati módszer *volt* a szólásszabadság hagyomány.

Módszerük részben abból áll, hogy az autonómia lésselkedő veszélyként értelmeztek minden szabályozó jellegű állami aktust. Például Powell bíró attól félt, hogy a törvény, mely a bevásárlóközpontokat arra kötelezte, hogy megnyissák ka-puikat politikai aktivitás számára, korlátozhatja a plázatulajdonosokat szólásszabadságunk gyakorlásában³⁶ = a Tízennegyedik Alkotmánykiegészítés* talán nem valósította meg a Herbert Spencer *Társadalmi statika* (Social Statics) című művében foglaltakat, de talán az Első Alkotmánykiegészítés igen. Powell bíró szerint a tulajdonosok autonómiája sérülni fog, mivel nem kizárható, hogy velük fogják azonosítani azokat a nézeteket, amelyeket az aktivisták hirdetnek a plázáukban. Tekintetbe véve a tényt, hogy az aktivisták a törvény hatalma révén nyertek bebecsülést a plázákba azon logika következtében, mely mindenki számára nyilvánosnak ítélt a bevásárlóközpontokat, a plázák tulajdonosai úgy tudták elkerülni, hogy a kívülállókat azonosítsák őket a náluk tevékenykedő politikai aktivisták üzeneteivel, hogy kihelyezték egy tájékoztatót, melyben a pláza tulajdonosa elhatároldik az aktivisták nézeteitől, és Powell bíró az autonómia utáni lázas kutakodását az abszurditás szimfóniáig vitte. Elvétele szerint az, hogy valakinek ki kell tennie egy elhatároldó nyilatkozatot, önmagában kimeríti az Első Alkotmánykiegészítés által szavatolt autonómia megsértését.³⁷ Valamilyen furcsa oknál fogva White bíró csatlakozott e véleményhez.

A többségi ítéletek másik módszere az volt, hogy az autonómiát úgy kezelték, mint csaknem abszolút értéket, és mint az Első Alkotmánykiegészítés egyetlen értéket. A közéleti viták gazdagítása e megközelítésben az autonómia afféle kellesz hozadéka csupán (itt idézik a megfélelő Brennan-formulát), de amit az Első Alkotmánykiegészítés elrendel, az az autonómia védelme legyen az egyéni vagy intézményi; és ha e védelem révén nem gyarapodik, vagy épp torzul a közéleti vita, hát akkor legyen ügy. Kétségtelen, hogy a méltányosság-doktrínát a testület tolerálta, de jobbra csak a precedensnek kijáró tiszteletből, vagy mintegy fejtet hajtva a törvényhozói vagy kormányzati szándék előtt, és a doktrína megjelölésén bugyuta indokolással nyert elfogadást. A Legfelső Bíróság leszögezte, hogy az FCC akkor törli el a doktrínát, amikor akarja, és hogy a doktrína, illetve az általa megvalósított tartalomszabályozás semmilyen körülmények között nem terjeszt beki a nyomtatott sajtóra. A választási jelöléseket támogató anyagi hozzájárulások

* A polgárháborút követő időszak egyik fontos alkotmánykiegészítése 1868-ban lépett hatályba. több területet ölel fel, az egyik fontos terület ezek közül az állampolgári egyenlőség és annak szövegei érvényesítése *A ford*

³⁶ *PruneXand Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74, 96-101 (1980) Powell bíró, részben párhuzamos, részben többségi vélemény.

³⁷ Uo. 99.

korlátozását ismét csak a precedensnek kijáró tisztelet indokolta, illetve az mint korrupcióellenes lépés nyerte el értelmét; a politikai kampányköltség korlátozásában azonban már az Első Alkotmánykiegészítés által szavatolt autonómia sérelmét látta, és így azt érvénytelennek ítélte a testület. Ezen ítéletek kölcsönöztek sajátos jelleget a hetvenes éveknek. A szólásszabadság bevett hagyományának teljes erejét megmutatva, a Legfelső Bíróság időről-időre kijelentette. „[T]eljes mértékben idegen az Első Alkotmánykiegészítéstől az a felfogás, mely szerint a társadalom egyes tagjainak megnyilatkozásait a kormány korlátozhatja attól a céltől vezetve, hogy mások hangja viszonylag nagyobb teret kapjon.”³⁸

Az autonómia olyan eszme, amely kimondottan a szabályozó állammal szemben fellépve nyeri el értelmét - ez a védelem a rendőr ellen. Amikor az állam támogatólag lép fel, mondjuk anyagi támogatást vagy juttatásokat szolgáltat, a szólásszabadság-hagyomány nem tud mit kezdeni ezzel a helyzettel. Ennek eredményeképp ugyanebben a korszakban a Legfelső Bíróság - legnagyobb megkönnyebbulésemre - elfogadóbb volt az efféle állami beavatkozás irányában, azonban a tolerancia ára a fogalmi koherencia hiánya volt. A Legfelső Bíróságnak nem voltak standard normái a jogi felülvizsgálat folyamata során. Ahelyett, hogy a testület bírái azt kérdezték volna, hogy a szóban forgó tett gazdagította-e a közéleti vitákat, inkább megpróbálták a szólásszabadság-hagyomány bevett fogalmai szerint átfogalmazni az ügyet. Egy esetben, ami arról szólt, hogy vissza lehet-e vonni egy iskolai könyvtárból olyan, állítólag botrányos könyveket, mint Eldridge Cleaver *Soul on Ice* című műve,* Brennan bíró azon találta magát, hogy kénytelen volt a cenzúra intézkedést - egy nyilvánvaló kísérletet a vita szűkítésére - az autonómia korlátozásaként és a szólas tartalmát érintő szabályozást tiltó előírás megsértéseként értékelni.³⁹ Ez arra készítette őt, hogy tarthatatlan megkülönböztetést vezessen be a könyv eltávolítása és a beszerzése között, és hogy az iskolaszék motivációival kapcsolatban kezdjen vizsgálni; olyan vállalkozás volt ez, amelyhez - mint azt más ügyek tapasztalatai megmutatták - egyáltalán nem volt érzéke. És még így sem tudott többségi véleményt biztosítani álláspontjának.

Ezen esetben, és másokban, ahol az állam nem a rendőri szerepben cselekedett, Brennan bíró és szövetségesei Rehnquist bíró éles hangú különvéleményével szembeálltak, melyben világosan megkülönböztette az állam mint szuverén cselekvő (rendőr) szerepét azoktól az esetektől, amikor az állam más szerepben (például mint oktató, munkáltató, finanszírozó) tesz valamit.⁴⁰ Ez utóbbi kategória kapcsán

* Az író és afroamerikai polgárjogi aktivista (1935–1998) börtönben írt, 1968-ban megjelent művében nyíltan ír korábbi bűnöző életmódjáról és amerikai társadalmi kérdésekről. *A ford.*

³⁸ Lásd például *First Nat'l Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S. 765 790–91 (1978) - idézi: *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1, 48–49 (1976).

³⁹ *Board of Educ. v. Pico*, 457 U.S. 853 (1982).

⁴⁰ Uo. 908–10 - Rehnquist bíró, különvélemény

Rehnquist bíró úgy érvel, hogy olyan szabályozásra van szükség, amely gyakorlatilag teljesen megtagadja az állam mérlegelési jogkörét. Ebben a tekintetben Rehnquist mások nevében is beszélt, és egy későbbi esetben⁴¹ biztosította a szövetségi többséget a testületben, és meg is szövegezte annak indokolását (mely létezéséhez Brennan csatlakozott – amit viszont később megtagadt).⁴² Mindamellelt úgy tűnik nekem, hogy amit ezen esetekben az Első Alkotmánykiegészítés megkíván, az nem a közömbség. Eppen ellenkezőleg, a Legfelső Bíróságnak elkötelezettségük kellene lenne az iránt, hogy minden megítélésükben, hogy segítsék és bátorítsa az állam kísérleteit a közéleti viták gazdagítása területén, és hogy elítélje az állami támogatott programokat korlátozó szabályokat, amelyek szűkítik és visszaszorítják a közéleti vitákat. Ha arra van szükség, akár a Legfelső Bíróság maga is megkívánhatja az államtól, hogy a közéleti vitákat gazdagító programokat folytasson és kezdeményezzen.⁴³ A jogorvoslatok problémája és az alkotmányos kompetencia korlátai ezen utóbbi esetben arra készítik a Legfelső Bíróságot, hogy még az olyan erős hivatalstúdióval rendelkező bíró is, mint Brennan –, hogy vizsgálja a szövetségi ambíciózus vállalkozásokat, ám az efféle bennülszűkítésre nem az Első Alkotmánykiegészítés avagy a benne legmélyebben gyökerező demokratikus törekvések elkötelezettsége.

Amikor az állami támogatás volt a téma, a Legfelső Bíróság megengedte az államnak, hogy cselekedjen a bíróság megosztott volt és a vélemények inkohérenssek, de az Első Alkotmánykiegészítésre nem úgy tekintettek, mint ami elzárja az államot a cselekvéstől. Amikor azonban szabályozási ügyekkel szembesültek, mint például a politikai célú pénzköltés platonjai és határai, a Legfelső Bíróság ezt az autonómia lesekedő veszélyként értelmezte, amint az következik a szövetségi szabályozásból, és jóval határozottabban és sokkal megszorítottabb módon cselekedett: megállította az államot. Ebből döntésükben a Legfelső Bíróság bírálta érvényesítette a szövetségi szabályozást, illetve annak a korlátozott állammal kapcsolatos elkötelezéshez. A bíráltság szintén érvényesítette a kor szellemét, melyet egykor az aktivista állammal szembeni ellenszemség határozott meg és határoz meg ma is, jobban, mint bármikor korábban. A méltányosság-doktrína eltolása egyrészt mintegy a „dereguláció” elemeként történt. Nekem úgy tűnik azonban, hogy jócskán akad bennünk a Legfelső Bíróság ilyen hozzáállása-ban és a szövetségi szabályozásban, mely annak alapjait szolgálja.

⁴¹ *Regan v. Taxation With Representation of Washington*, 461 U.S. 540 (1983).

⁴² *Ladd FCC v. League of Women Voters*, 468 U.S. 364, 400–401 (1984).

⁴³ *Ladd Columbia Broadcasting Sys. v. Democratic Nat'l Comm.*, 412 U.S. 94, 170–204 (1973).

Brennan bíró, különvélemény.

A szólásszabadság bevett hagyománya egy olyan világot tételez, amely már nem létezik, és amit most már nem tudunk visszahozni – egy olyan világot, amelyben az utca volt a legfőbb politikai fórum. E hagyomány nem veszi tekintetbe, hogy milyen sokféle módon közreműködik az állam a társadalmi valóság létrehozásában, és hogy a mai társadalmi rendszer, ha magára hagyva azt tehet, amit akar, eltorzítja a közéleti vitákat. E hagyomány túl könnyű választási lehetőségeket tár elénk. A szólásszabadság bevett hagyománya nem veszi figyelembe a tényt, hogy ha az Első Alkotmánykiegészítés végső céljáért akarunk tenni, olykor szükségesnek találhatjuk, hogy „a társadalom egyes tagjainak megnyilatkozásait a kormány korlátozhassa attól a céltől vezetve, hogy mások hangja viszonylag nagyobb teret kapjon”, és figyelmen kívül hagyja azt is, hogy ha a Legfelső Bíróság nem engedi, és adott esetben kimondottan meg nem kívánja az államtól, hogy így tegyen, akkor az emberek sosem lesznek igazán szabadok.

2.

Miért az állam?

Ezerkilencszáznyolcvanhétben volt a Harvard Law Review alapításának centenáriuma, és a szerkesztők egy sor jogi októrai felkérések közöttük engem is, hogy küldjünk tanulmányt a Review tünepi számába. A Szabad szólás és társadalmi struktúra épp megjelent, és azt gondoltam, hogy a Harvard Law Review által felajánlott lehetőséget arra használnom, hogy jobban kidolgozzam a Szabad szólás és társadalmi struktúra fő téziséit. Az állammal szembeni felelősségek, melyek ellen érveltem tanulmányomban, a laiszerez-faire elméletekben gyökereznek, melyek épp akkoriban éltek fénykorukkal, amikor a Review-t alapították. Kritikám kontextusa szűk volt abban az értelemben, hogy csak az Első Alkotmánykiegészítéssel foglalkoztam, amint ahogy az alkotmányjog ezen területe oly régen a libertariánus értékek szülőhelye, úgy tűnt nekem, hogy bármilyen győzelem, melyet ezen a területen aratunk, fontos lesz.

Miközben dolgoztam a tanulmányon, csalákoztam egy kitalálti körhöz, melyet Judith Lichtenberg vezetett és a Marylandi Egyetem Filozófiai és Közpolitikai Intézete támogatott. A csoport a média-összpontositott mely tény bizonyára szerepet játszik abban, hogy a munka zárt tanulmányának hangulatos témája volt a méltányosság-doktrína és a saját állami szabályozással kapcsolatos más kérdések. Alkotmányjogászok, filozófusok és politikai gondolkodók mellett újragörök és médiakutatók is dolgoztak a csoportban. Az ő jelenlétük révén jutottam arra a meggyőződésre, hogy érdemes az állami szabályozás alternatívájaként szembavenni a szakmai önszabályozás lehetőségét is. A kitalált kör tanulmányait Judith Lichtenberg szerkesztette, és szerkesztett kötetként jelent meg 1990-ben Democracy and the Mass Media címen. Tanulmányom itt olvasható változata a Harvard Law Review 1987. februári számában jelent meg.

Ismét ott vagyunk, ahonnan indultunk. Száz éve az állami hatalom kiterjedése volt a fő beszédtema. Amerika egyre városiasodottabbá, iparosodottabbá vált, és az ipari kapitalizmus kicsapongásait megfékezendő, különféle politikai erők az államtól várták a megoldást.¹ Az Államközi Kereskedelmi Bizottság (*Interstate Commerce Commission*) 1887-ben jött létre egy, a vasútügyet szabályozó nagyobb program részeként, mely programnak elemei voltak az 1903-as Elkins- és az 1906-os Hepburn-törvény és számos más tagállami szintű rendelet. A Kongresszus törvénybe iktatta a Sherman-törvényt 1890-ben és az első békeidőben hozott, jövedelemadóról intézkedő törvényt 1894-ben. Rendeletekben szabályozták a szeszes italok forgalmazását és a szerencsejátékokat, továbbá szövetségi és állami szintű törvényi rendelkezések születtek a munka világának kapcsolatrendszeit szabályozandó, például a munkaórák maximumáról, a biztonságról, a gyermekmunkáról és a szakszervezeti tagságról.

Ezek az államhatalom használatával kapcsolatos előrelépések nem születtek meg könnyen. Minden adódó alkalommal kemény viták övezték e rendelkezéseket, és az állami szabályozás ellenfeleinek érvei megértő fülekre találtak a Legfelső Bíróságon. Az intézkedések közül sokat érvénytelenítettek, míg mások szűkebb érvénnyel léphettek életbe. A szabadságot a korlátozott kormányzás elképzelésére szűkítették. A huszadik század korai időszakában mindamellett egyfajta egyensúly kezdett kialakulni, és mire bevezették a New Deal és kitört a második világháború, az ország életének fontos része lett az állami szerepvállalás szociális és gazdasági kérdésekben. A modern korszakban az aktivista állam győzelmét olyan drámai események jelezték, mint az 1960-as évek elején az emberjogi mozgalom – az úgynevezett második újjáépítés – és Lyndon Johnson „Nagy társadalom” (*Great Society*) programja. Az államhatalom a tényleges és valódi egyenlőség fő eszközévé vált.

A hatvanas évek végén, ahogy figyelmünk egyre jobban a vietnami háborúra összpontosult és ahogy egyre inkább érezhetővé vált az inflációspirál, megváltoztak a dolgok. Politikánk egyik szervező elvévé vált a „nagy kormányzás” elleni támadás. A republikánusok és a demokraták egyaránt hangoztatták ezen új célkitűzést, és az ezt követő húsz évben mriádnyi programot javasoltak és olykor intézményesítettek is, melyek célja az állami szerepvállalás csökkentése volt a belpolitika területén, különösen is szövetségi szinten. E programok olyan elnevezések alatt futottak, mint az „új föderalizmus”, „bevételemegosztás”, „dereguláció”, „privatizáció”, „a költségvetési egyensúly biztosítása” és „alternatív konfliktuskezelés”. Lényegében a korszak minden jelentős politikai vezetője részt vett az aktivista állam elleni támadásban, ám senki se tette ezt olyan sikeresen, mint Ronald Reagan. Támogatta az abortusz büntetőjogi tiltását, ám ezt a témát félretéve sikerült az aktivista államot egy merőben védekező pozícióba kényszerítenie, és olyan elveket megkérdőjeleznie, melyek egy vagy két generáción keresztül megdönthetetlen alapállásnak számítottak. Ma ugyanolyan vitákban találhatjuk magunkat, mint amilyenek egy évszázada uralták a jogot és a politikát; csak a revízió

terhe az, ami megváltozott. A kérdés ma is, hogy meddig ércen el az államhatalom, de ma a vita társadalmi kontextusban zajlik, melyben az aktivista állam a *status quo* része.

E vitában, mint az amerikai politika minden nagy küzdeelmében, kulcsszerepet játszott az alkotmány. Az aktivista állam kritikussai „a tisztességes eljárás elvét” (*Due Process Clause*) idézik, illetve ahogy az védí a szabadságot; azonban ebben csak félig-meddig sikeresek. Egyre gyakoribb lett „a csorbítatlan magánélethez fűződő jogra” (*right to privacy*) való hivatkozás e vitákban, és az érvet az abortuszhoz való jog védelmében használták, de csupán a lehető legszűkebb keretek között. A *Lochner v. New York* eset,² a Legfelső Bíróság 1905-ös döntése, melyben a testület érvénytelenített egy tagállami rendeletet, amely korlátozta a heti munkakórát számár, még mindig negatív példának számít, emlékeztetőül a tényilegösen tisztességes eljárás veszélyeire. Az alkotmányos jognak azonban van egy másik területe is, melyre nem hatolnak ezen történelmi terhek, és amely régóta a libertárius érvelés forrása. Ez az Első Alkotmánykiegészítés.

A beszéd és más politikai cselekvés védelme tekintetében az Első Alkotmánykiegészítés kevésbé érvényesül, mint a „tartalmilag megfelelő eljárás” alkotmányos szabálya (záradéka); utóbbi minden állami intézkedés ellen bevezethető. Am azok, akik szándéka az állami szerepvállalás támadása volt, megtanulták, hogyan kell egyre több tevékenységre kiterjeszteni az Első Alkotmánykiegészítés védelmét; manapság például ezt az érvet hozzák fel, ha az állam korlátozni kívánja a kereskedelmi célú hirdetésekét. Mindemellett az Első Alkotmánykiegészítés ugyanakkor élvez bizonyos előnyt, amit a tartalmilag megfelelő eljárás záradéka sosem tudott elérni, nevezetesen a konszenzusét, mely révén a teljes politikai spekrumtól nyer támogatást. Amikor a huszadik század elején egyre erősebb indokok merültek fel a fokozott állami beavatkozás mellett, a szólas számarára még akkor is különleges pozíciót vagy épp kivételt tartottak fenn a vitázó felek. A progresszívok éppoly hevesen méltatták Holmes különvéleményét az *Abrams v. United States* esetben,³ illetve ennek hivatkozását az „eszmeék szabad adásvételére”,⁴ mint ahogy tiltakoztak a *Lochner*-ügyben. Igazából a szabad szólas akkor kezdett győzedelmeskedni a Legfelső Bíróságon, amikor a testület nekikezdett a *Lochner* felülvizsgálatainak és a New Deal alkotmányos legitimációjának.

A szólaszabadság e sajátos pozíciója alkotmányos rendszerünkben, minthogy ez az egyetlen olyan indítvány a kormányzás korlátozása iránt, amelyben min-

¹ 198 U.S. 45 (1905)

² 250 U.S. 616, 624 (1919) – Holmes bírő, különvélemény.

³ Id. má 630.

aktivista állam elleni jelenkori alkotmányos támadás részeként, mely irányzat uralkodó a mai politikában, Ronald Coase és Aaron Director a szólásszabadság-hagyományra támaszkodva csaptak össze a New Deal liberálisával, emlékeztetve őket a *laissez-faire* erényeire, és megalapozva álláspontjukat a gazdaság területén történő állami szerepvállalással szemben.⁵

Az én véleményem természetesen ennek épp az ellenkezője. Úgy tűnik nekem, hogy ha Coase és Director ünnepelhetik a szólásszabadság-hagyomány liberáriánus elemét mint a gazdaság területén történő állami szerepvállalás elleni érvelés részét, akkor nekünk képesnek kellene lennünk az ellenkező irányból érvelnünk, kezdve a gazdaság területén történő állami szerepvállalás tényével, és e történelmi tapasztalatokra támaszkodva megmutatni, milyen szerepet játszhat az állam a szólásszabadság értékeinek gyarapításában. E megközelítés nem csupán tisztázná és gazdagítaná az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos felfogásunkat, hanem egy általánosabb és talán fontosabb belátással is járhat. Gátat szabhat az állammal szembeni általános támadásnak. Minthogy a szólás a *laissez faire* eszközeként volt használatban azon megfontolástól vezetve, hogy a szólás az a terület, ahol a legerősebben tetten érhető és a legvonzóbb színben mutatkozik meg a korlátozott kormányzat iránti igény, a szólás állami szabályozását megengedő, sőt megkívánó következtetés révén maga az Első Alkotmánykiegészítés lenne az, ami az aktivista állam kritikáját kérdésessé teheti.

Jelen esszé témája az Első Alkotmánykiegészítés és az állam szerepe az szólásszabadság értékeinek gyarapításában, ám írásom egyben egy tágabb vitában is állást foglal, mely épp annyira élő ma, 1987-ben, mint amennyire az volt 1887-ben, és mely általában az állam szerepét tárgyalta. Coase és Director álláspontjával szemben az Első Alkotmánykiegészítésből levonható következtetések nem a *laissez faire*-t támogatják, hanem ellenkezőleg, az aktivista állam szükségességére mutatnak rá.

⁵ Lásd Ronald H. COASE: The Market for Goods and the Market for Ideas. 64 *American Economic Review Papers and Proceedings* 384 (1974), Aaron DIRECTOR: The Parity of the Economic Market Place. 7 *The Journal of Law and Economics* 1, 26 (1971).

Az alkotmány nem egy végrendelet, amely a későbbi generációk között felosztja a jogok formáját öltő vagyont. Ellenkezőleg; az alkotmány kormányzási okirat, mely létrehozza a kormányzás intézményeit, továbbá megszabja azokat a normákat, mérceket és elveket, amelyek szerint ezen intézményeket működtetni kell. A jogok törvénye (*Bill of Rights*) feltételezi, hogy a kormányzás intézményei már létrejöttek, és tovább megy; a célja bizonyos társadalmi eszmények vagy értékek konkrét társas. A jogi értelkezés egy folyamata, mely révén ezek az elvont eszmények konkrét értelmet és kifejezést nyernek, és mint ilyenek, jogok formáját öltik magukra. Az „egyenlő védelem elve” (*Equal Protection Clause*), a modern törvény tartószlopa esetében az alkotmánybírósági ítélkezés e fellogása szilárd alapokon nyugszik, jól-lehet fel kellett ismernünk azt is, hogy az alkotmányos eszmények nyitottak eltérő értelmezések számára. A Tizenegyedik Alkotmánykiegészítés céljával kapcsolat-
ban úgy tűnik, egyetértés tapasztalható: azért alkották meg, hogy biztosítsa az újonnan felszabadult rabszolgák számára az egyenlőséget, és hogy alkotmányos státust kapjon a faji egyenlőség eszménye. Az ezen eszmény megvalósítását célzó konkrét elvek vagy szabályok körüli azonban nem volt teljes az egyetértés.

Előre úgy tűnt, hogy alkalmas lenne e célra egy olyan elv, mely megtiltja a faji alapú megkülönböztést és megköveteli a színvakságot e kérdésekben. A „Második újjáépítés” korszakában azonban, ahogy távolodtunk a Jim Crow-korszak* problémáitól, és szembeállítottunk a rasszizmus mélyebben gyökerező formáival, újra kellett gondolni a dolgot. Egy új elv szükségeltett, amely közvetlenül és azonnali módon nyújt védelmet a kasztrendszert fenntartadó vagy súlyosbodo-
zó je-
lenséggel szemben. Ezen új elv gondolatának a „csoporthatvány okozása elv”⁶ neve-
adta, ám az elmúlt időszakban inkább a „kaszt- vagy alárendeltség-ellenes elv”

* Jim Crow a feketére maszkírozott, a feketéket gúnyoló fehér vásári komédias figura. A Jim Crow törvények a rabszolgaság eltörlését követően a feketék társadalmi elkülönítését célozták, mely rendelkezéseket az 1960-as évekre, a polgári jogi mozgalom erőfeszítéseiként írták le az Egyesült Államokban. *A Ford*

⁶ Lasd Owen M. Fiss *Groups and the Equal Protection Clause*. 5 *Philosophy and Public Affairs* 107, 147 (1976)

néven ismert. A „csoporthátrány okozása” elv a faji egyenlőséget kívánja támogatni, csakúgy, mint a megkülönböztetést tiltó antidiszkriminációs elv, azonban előbbi a faji egyenlőséget inkább lényegi, semmint procedurális dolognak tekinti. A „csoporthátrány okozása” elv nem a színvakság szavatolását célozza, hanem a társadalmi alárendeltséget kívánja megszüntetni.

A modern korszakban az egyenlőséget kiharcoló jogi eljárásokra (*equal protection litigation*) tekinthetünk úgy, mint e két közvetítő elv közötti küzdelemre láthatjuk úgy, mint két nézet abbéli konfliktusát, hogy miként értendő a faji egyenlőség, és ez az eszmény hogyan valósítható meg a leghatékonyabban. E két elv jó néhány esetben eltérő iránymutatást adott, legfőképp amikor a bíróságoktól azt kívánták, hogy értékeljék a munkaerőfelvétel kritériumait (olyanokat, mint például az állásra jelentkezéskor kitöltendő tesztek), melyek látszólag semlegesnek mutatkoznak, ugyanakkor mégis hátrányosan érintenek egy meghatározott hátrányos helyzetű csoportot. Az antidiszkrimináció elve szerint megengedhetők ilyen kritériumok, a csoporthátrány okozására figyelő elv azonban inkább helyteleníti őket. Sőt mi több, bizonyos helyzetekben e két elv konfliktusba is került egymással, például amikor feketék, társadalmi helyzetük javítása érdekében előnyt élveztek munkaerőfelvételkor. A csoporthátrány okozására figyelő elv megengedi, olykor meg is kívánhatja a hasonló elbánást a feketékkel szemben. Az antidiszkriminációs elv azonban, lévén elkötelezett a színvakság iránt, inkább arra hajlik, hogy az efféle eljárást törvénytelennek tartsa.

Ezek az egyenlő védelem jelentésével kapcsolatos küzdelmek kölcsönöztek sajátos karaktert alkotmányos korszakunknak, és egy vagy két évtizede elmerülve e vitákban talán nem meglepő, ha az Első Alkotmánykiegészítésen belül is egy hasonló intellektuális folyamatot látok. A legtöbben egyetértenek abban, hogy az Első Alkotmánykiegészítés alapvető célja a kollektív önrendelkezés védelme éppúgy, ahogy a Tizennegyedik Alkotmánykiegészítésé a faji egyenlőség védelme, ám ismét csak megosztottak vagyunk a kérdésben, hogy mi legyen az a közvetítő elv, amely ezen alapvető cél megvalósulását a legnagyobb mértékben biztosítja. Itt nem az antidiszkrimináció és a csoporthátrány elvei között folyik a vita az egyenlő védelem ügyében, hanem az autonómiára és a közéleti vitákra összpontosító elvek között. E két felfogás eltérő módon látja és gondolja támogatni az Első Alkotmánykiegészítés demokratikus céljait. Az autonómia-elv megkülönböztetése a közéleti vita elvétől ráadásul alapvető annak megindokolásához, hogy miért van szerepe az államnak a szabad szólás értékeinek támogatásában.

Azok, akik az Első Alkotmánykiegészítésre mint az állami cselekvést korlátozó elvre tekintenek, az autonómia védelme eszközének tartják azt. Az egyén számára megengedett, hogy azt mondjon, ami neki tetszik, mentesen bármiféle állami beavatkozástól. Mintha csak egy beavatkozásmentes zóna kerülne minden egyén köré, és az állam (és csak az állam) számára tilos, hogy átlépje e zónahatárt. Az autonómia még ebben a felfogásban sem önmagáért való elvként élvez védelmet, és nem is az egyén önmegvalósításának eszközeként. Ehelyett az autonómia úgy

titnik fel, mint az Első Alkotmánykiegészítéshez kötődő tágabb politikai célok támogatója. E felhívás szerint az autonómia védelme létrehozza a közvélemény számára fontos közügyek feletti vitát, amely Brennan legfelső bírósági bíró formálaja szerint „korlátlan, erőteljes és szelídre nyitott.”⁷ Természetesen a gazdaság közéleti vita önmagában nem szavatolja az önkormányzást, hiszen a választópolgároknak meg is kell hallgatniuk a beszélőket, és a hallottak tanúsága szerint kell cselekedniük, ám a szabad és nyitott vita mégis a demokratikus kormányzás alapvető feltétele marad, és az autonómiára mint e vitát megvalósító módszerre tekintenek.

Egyesek vitatják az autonómia ezen instrumentális fellegasztát, ám a politikai spektrum egymástól oly messze álló szereplői, mint Harry Kalven vagy Robert Bork egyaránt osztják ezt az elképzelést, mely mára uralkodónak tekinthető az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos gondolkodásban. E meggyőződés abban a tényben gyökerezik, hogy a szabad szólás szavatolása egy jogi eszköz, mégpedig az alkotmány részeként jelenik meg, amelynek legtöbb témája a kormányzat struktúra létrehozása. Az instrumentális elmélet magyarázatot ad arra is, hogy a beszédre, mely egy az önmegvalósítás számos eszköze közül, miért fordít kiemelt figyelmet az alkotmány? továbbá arra, hogy az Első Alkotmánykiegészítés által védett autonómia miért vonalkozhat intézményekre is (mint például a CBS vagy a NAACP), nem csak egyénekre; és végül arra is, hogy a beszéd miért élvez védelmet még akkor is, ha az azt valakinek, és ily módon rombolja ezen személyeséget az önmegvalósításra? Az autonómia és a demokrácia közötti kapcsolatot magyarázza, hogy az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos bíraskodásban tot ad arra is, hogy az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos bíraskodásban miért jut kiemelt szerephez a tartalom alapján történő szabályozás? elutasítása. Ezen elgondolás hívei azt remélik, hogy egy olyan szabály léte, mely megfosztja az államot a beszéd pusztán annak tartalma alapján történő elhallgatásának eszközétől, a közügyekről folytatható lehető legszélesebb vitát eredményezi.

Bizonyos társadalmi helyzetekben az instrumentális fellegaszt, mely az autonómia védelmének alapjául szolgál, megalapozott lehet. Egy jeffersoni demokráciában például, ahol a meghatározó társadalmi alapegység az egyén, a hatalom pedig egyenlően oszlik meg, az autonómia érdemben támogathatja a közéleti ügyek meg-

* Az Első Alkotmánykiegészítés kontextusában a tartalomsszabályozás egyszerűen arra utal, hogy a megnyilatkozás tartalma, azaz értelme és jelentése alapján történik a szabályozás, amint az USA alkotmányos hagyománya zömével idegenkedik, és így részben különbözik a tartalomsszabályozás Európában szokásos, a médiasszabályozásban szereplő értelmezéstől. *A ford.*

⁷ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 270 (1964).

⁸ Lásd Robert H. Bork: *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, 47 *Indiana Law Journal* 1 (1971).

⁹ Lásd Frederick SCHAUER *Free Speech, A Philosophical Enquiry*, Cambridge University Press, 1982. 11. 12.

beszélését, és ezáltal a kollektív önrendelkezést. A modern társadalomban azonban, melyre jellemző a hatalom igen egyenlőtlen megoszlása és az emberek korlátozott lehetőségei mindannak megismerésére, aminek ismeretére szükségük volna ahhoz, hogy állampolgári minőségükben hatékonyan működhessenek, igen problematikus a jeffersoni időkből kiindulni. Az autonómia azáltal való védelme, hogy a sérthetetlenség zónáját hozzuk létre az egyén vagy bizonyos intézmények körül, valószínűleg olyan közéleti vitát eredményez, amelyet ugyanazok az erők uralnak és ezáltal korlátoznak, mint amelyek társadalmi struktúránkat is uralják, nem pedig „korlátlan, erőteljes és szélesre nyitott” vitát.

A közéleti vitát hangsúlyozó elv ezzel szemben felismeri az autonómia védelme alapjául szolgáló instrumentális kiindulópont problematikus jellegét, és azt kutatja, hogy milyen talapzatra kellene alapozni a szükséges változtatásokat, melyek orvosolják e problémákat. Az Első Alkotmánykiegészítés célja ugyanaz marad, mint ami volt az autonómia-megközelítés esetében: megvédeni az emberek mint kollektivitás abbéli képességét, hogy dönthessenek saját sorsuk felől. A gazdag közéleti vita itt is felbukkan, mint e szuverén előjog gyakorlásának alapvető feltétele. Azonban ebben az esetben a tett – mint a társadalmi kontextusban való cselekvés – mércéje az, hogy milyen hatással van a közéleti kérdések megvitatására, nem pedig az, hogy az sérti vagy más módon korlátozza-e egyes egyének vagy intézmények autonómiáját. Ekkor az aggodalom nem a reménybeli beszélőkkel, hanem a közéleti kérdések megtárgyalásnak minőségével kapcsolatos. Lehet védeni az autonómiát, ám csak akkor, ha az gazdagítja a közéleti kérdések megtárgyalását. Az autonómia azonban éppenséggel fel is áldozható, ha például egyesek megnyilatkozásai másokat elhallgattatnak, vagy szisztematikusan torzítják a közügyek napirendjét.

Az állami cselekvés helytelenítése nem ugyanaz, mint annak feltétel nélküli elutasítása. Azok, akik az Első Alkotmánykiegészítést mint az autonómia védelmét olvassák, nem feltétlenül azonosulnak Black legfelső bírósi bírójával [aki szerint a „nem lehet törvényt hozni” (*shall make no law*) azt jelenti, hogy „nem lehet törvényt hozni”]¹⁰ abszolutsztikus értelmezésével.* Ők olykor megengedőek azzal szemben, ha az állam átlépi a határt és korlátozza valakinek az autonómiáját azért, hogy így érvényesülhessenek más társadalmi érdekek; például beszélők elhallgathatók a köznyugalom megőrzése vagy a jó hírnév megőrzése érdekében. Amit azonban az autonómia-elv tesz, az az, hogy rendkívül erős vélelmet fogalmaz meg az államnak a szólással kapcsolatos ügyekben történő szerepvállalása ellen. Ezzel szemben a közéleti vita elv örve alatt nem beszélhetünk hasonló, állami szerepvál-

* Az Első Alkotmánykiegészítést textualista (szó szerinti) módon értelmező Black bíró álláspontjáról részletesen l. a 6. fejezetet.

¹⁰ Lásd például *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713, 717-18 (1971) – Black bíró, párhuzamos vélemény.

lálást ellenző vélelemről. Az állam ugyanolyan szerepet játszik, mint bármely más intézmény, és engedélyezett, támogatott és olykor kötelező számára, hogy intézkedéseket fogantasson vagy rendelkezéseket alkosson a közéleti viták gazdagítása érdekében, még ha cselekvés következtében egyesek beszéde, és így módon az autonómia korlátozást nyer is.

Természetesen cselekedhet az állam jogtalanul, ami által korlátozhatja vagy szegényítheti a közéleti vitákat. Mindig túrkész tekintettel kell örködnünk előt, ám közben nem szabad megfélemlkezni arról sem, hogy a vitákra ugyanilyen vesszély leselkedhet bármely más társadalmi intézmény részéről, legyen az magán vagy közintézmény, és semmi okunk azt *vélelmezni*, hogy az állam inkább használja a hatalmát a közéleti viták torzítására, mint bármely más intézmény tenné. Nincs különös ok, ami erre ösztönözne; a kormányzati biztonságviselők szeretik védeni pozíciójukat és a rendszert, melynek hatalmukat köszönhetik, ám ugyanezen elmondható az úgynevezett magánvilágban lévő vállalatok tulajdonosairól és vezetőről is, akik szintén jócskán használhatják hatalmukat arra, hogy megvédjék magukat és az érdekekben eljáró kormányzati biztonságviselőket. Az állam kétségkívül rendelkezik néhány sajátos eszközzel, ilyen például a legitim erőszak fölötti monopólium, ám ha képesek vagyunk eltekinteni arról a gondolatától, hogy az állam egy monolit (a Levitán), és képesek vagyunk felismerni, hogy az állam vesztő és egyházzal átfedésben lévő intézmények hálózata, melyek ellenőrzik egymást, ezek összességét pedig a magánvilágban intézményei tartják szemmel, akkor az állam hatalma kevésbé tűnik különlegesnek és féltelmet kellőnek. Rá kell jönnünk, hogy az állam legitim erőszak gyakorlása feletti hatalma nem az állam hatalmának igazi mércéje, és hogy egy olyan állami intézmény hatalma, mint az FCC, nem nagyobb, mint a CBS-é. A rettegés számos formái ülhet. Az FCC és a CBS hatalma különbözik egymástól, az egyik szabályoz, a másik szerkeszt, ám semmi okunk azt hinni, hogy az egyik hatalom szükségképpen nagyobb mértékben korlátozza a közügyek megbeszélését a másiknál. Az állam, bármely más intézményhez hasonlóan, éppúgy cselekedhet a beszéd barátjaként, mint annak ellenességként; és anélkül, hogy újra a libertariánus vélelembe esnénk, meg kell tanulnunk felismerni, hogy mikor cselekszik az egyik szerepben, nem pedig a másikban.

II.

Manapság a közéleti kérdések megvitatása a tévécsatornákon, jó néhány nagy napilapban és hetilapban zajlik. A fenti intézmények versenye messze van a tökéletestől, és a piaci kudarcok elmélete* alapján bárki juthat arra a következtetésre, hogy szükség van állami beavatkozásra. Ezek rendkívül erős érvek, azonban elhomályosítanak egy mélyebb igazságot, nevezetesen, hogy a piac, még ha tökéletesen működik is, már önmagában korlátozó struktúra. Egy tökéletesen versengő piac létrehozhatja programok, formátumok és beszámolók sokaságát, azonban Renata Adler hasonlatát kölcsönözve, olyan sokféleség lesz ez, „mint egy falka, amelyben alapvetően mindenki ugyanabba az irányba tart”.¹¹

A piac kétféle módon korlátozza a közérdekű és a fontos témák médiabemutatóját. Először is, előnyben részesít bizonyos kiválasztott csoportokat azáltal, hogy a főbb műsorokat, folyóiratokat és újságokat az ő szükségleteikre és kívánságaikra fordított különös figyelemmel készítik. Az egyik ilyen csoport azokból áll, akik elég tőkével rendelkeznek ahhoz, hogy saját tévécsatornát, újságot vagy folyóiratot szerezzenek vagy birtokoljanak; egy másik csoportban azok vannak, akik üzleti vállalkozások hirdetési költségeiről döntenek; és megint másik csoport azoké, akik a leginkább képesek és leginkább kaphatóak arra, hogy a hirdetésekre reagáljanak. Az utolsó csoport mérete kétségkívül igen nagy (beletartozik valószínűleg minden kilencéves, aki képes erőszakkal rábírt szüleit, hogy megvegyék nekik ezt vagy azt), ám nem azonos a szavazók sokaságával. Fogyasztónak lenni, még akár szuverén fogyasztónak is, nem ugyanaz, mint állampolgárnak lenni.

Másodszor, a piac előnyben részesít olyan szerkesztői és műsorgazgatási döntési faktorokat, amelyek szorosan összefüggenek a nyereségességgel vagy alloká-

* Az elmélet szerint a piac gyakran nem működik tökéletesen (azaz pusztán a kereslet és a kínálat alapján), mivel piacon kívüli tényezők is befolyásolják a piac működését. A médiapiac vonatkozásában ez az egyik legfőbb érv a közmédiák fenntartására azon az alapon, hogy a piac önmagában nem szolgáltatna bizonyos médiatartalmakat (például jó minőségű híreket), és így indokolt közpénzt aldozni arra. *A ford.*

¹¹ Renata ADLER. *Reckless Disregard*. New York, Alfred A. Knopf, 1986. 17

cios hatékonysággal* (hogy a társadalom szempontjából szemléljük a dolgot), de amelyeknek nincs sok köze a választópolgárok demokratikus igényeihez. Egy üzleti vállalkozás számára a költségek és a várható bevételek megelőlegezően fontos faktorok abban a döntésben, mely meghatározza, melyik program mikor kerül adásba, vagy hogy mely témákkal foglalkozzon az újság; egy tökéletes médiapiac olyan termékeket hozna létre, melyek határköltisége megegyezik azok határbevételeivel. Az *I Love Lucy*** ismétlései nyereséget hoznak, és a források gazdaságos felhasználását valósítják meg. A Music Television hasonlóképpen. Azonban nincs sem szűkség szereti, de még valószínűsíthető kapcsolat sem a nyereség elérése (vagy a források gazdaságos szétosztása) és a választópolgárok olyan információkkal történő ellátása között, melyek alapján a kormányzati munkával, a kormányzat szerkezetével vagy a társadalom természetével kapcsolatos szabad és intelligens döntést hozhatnak. Ezt az összefüggést jól megértettük, amikor a közoktatási rendszerünket és egyetemünket kiszabadítottuk a piac markából; és ez az összefüggés éppúgy érvényes a médiára is.

Az eddig elmondottak egy percig sem kívánunk rossz fényt vetni a piacra. Csúpan a korlátaira kíváncsiak felhívni a figyelmet. A fő kérdés nem a piaci kudarc, hanem a piaci terítés. A piac bizonyos célok elérésének pompás eszköze lehet, míg más célokra ez nem igaz. Hatásosan állít elő olcsó és változatos fogyasztási cikkeket, valamint alapvető szolgáltatásokat (a szórakoztatást is beleértve), ám olyan vitákat nem nagyon, amelyek folyamatosan megújítják az emberek önrendelkezési képességét. Az állam kiegyenlítő hatalom szerepében jár el, melyre nagyon nagy szükség van, hogy a piacnak tulajdonítható közbeszédtorzulásokat ellensúlyozni tudja, és így őrizze meg a demokrácia alapvető feltevéseit. Az állam célja nem a piac helyettesítése (mint ahogy a szocialista elmélet gondolja), nem is annak tökéletesítése (mint ahogy a piaci kudarccok elméletében), hanem az, hogy a gazdaság a piacot. Az államnak a piac javítása érdekében kell tevékenykednie. Az államnak a közvélemény napirendjére kell tennie azokat a kérdéseket, amelyek ki szisztematikusán figyelmen kívül hagyódnak vagy semmibe vesznek, és meg kell teremtenie annak a leheletességét, hogy olyan hangokkal és szempontokkal is találkozhassunk, amelyek másképp csak elnyomva, vagy tompítva jelenhettek volna meg.

Hogy ezek okán az államhoz fordulunk, nem feltételezi, hogy a kormányzat intézményeket vezető emberek morálisan vagy személyiségük tekintetében különbözzenek azoktól, akik az ügynevezett magánkézben lévő médiát ellenőrzik vagy irányítják. Az államnak nincs különleges státusa az erények birodalmában. Amit az ellensúlyozó hatalom elméletre nagyon is feltételez, az csupán annyi, hogy a po-

* A társadalom hatékonyságát, azaz a keresletnek megfelelően osztja szét az erőforrásokat. A ford. ** A CBS vagy sikertelen televíziós színdarabja az 1950-es években. A ford.

ziciójukkal járó hatalom révén az állam alkalmazottai másféle kényszerekkel kénytelenek szembenézni, mint azok, akik a médiát irányítják. Ők közhivatalnokok. Tudjuk, hogy olykor a „közügy” szó üresen kong, mert pusztán magánérdekek egyszerű érvényesítését jelenti, és valóban; a közügyek elszámoltathatóságának rendszere nem tökéletes. Ám ettől még nem szabadna egészében megtagadni az elszámoltathatóság efféle rendszereiben rejlő erőt. Lehet, hogy e rendszerek tökéletlenek, de valamennyi hatásuk azért van. A szándékban is tetten érhető egy fontos különbség. Egy dolog egy közhivatalt viselő embert hatalommal felruházni, és aztán afelől aggódni, hogy vajon a köz érdekében használja-e a hatalmát, és más dolog a hatalmat egyszerűen azoknak a kezében hagyni, akik nyíltan és szemrebbenés nélkül szolgálnak magántőkének nyugvó és piaci kényszereknek kitett intézményeket.

Az elmúlt években egyre többet emlegetik az újságírók a professzionalizmust, és többen egy új újságírói ethosz térnyeréséről beszélnek, amely révén mérséklődik a piac újságírókra, szerkesztőkre és műsorigazgatókra gyakorolt hatása, és erősödik a szakma demokratikus elszántsága. Az ilyen változás természetesen üdvözlendő, ám ettől még az állami beavatkozás nem válik okafogyottá. Alkalmasint a média gazdasági szerepe helyett annak demokratikus misszióját hangsúlyozó szakmai normák térnyerése részben nyomon követhető különféle állami kezdeményezésekben, mint például a méltányosság-doktrínában, amely a műsorszolgáltatókat a köz számára fontos kérdések követésére kötelezi, és arra, hogy ezt méltányos módon tegyék. Sőt, az októl függetlenül is tény marad, hogy e normákat folyamatosan meg kell erősíteni állami beavatkozás vagy az intézményes hatalom más formái révén, ha azt várjuk tőlük, hogy képesek legyenek ellenállni a piac felől érkező nyomásnak. Ahogy azt a *Brown v. Board of Education*¹² esetből és a hatvanas évek emberi jogi mozgalmainak tapasztalataiból tudjuk, a példaadó „népszokások” támogathatók, sőt, akár létrehozásuk vagy legitimációjuk is lehetséges az államhatalom határozott gyakorlása által.

Az adóztatás erejére és szervezeti előnyeire támaszkodva az állam a korrekció feladatát támogatások és szubvenciók formájában is végrehajthatja. Az efféle állami szerepvállalást példázza többek között a közkönyvtáraknak, az államilag fenntartott iskoláknak, magán- és állami egyetemeknek, a közmédiának és az elnököknek nyújtott támogatás. E szubvenciók roppant mértékben hozzájárulnak a közbeszéd gyarapításához és az Első Alkotmánykiegészítés értékeinek támogatásához, jóllehet ezt sose tudhattuk volna meg, ha az Első Alkotmánykiegészítést pusztán mint az autonómiát védő elvet olvastuk volna. Az autonómia nem akadály a efféle állami szerepvállalásnak, létrehoz azonban egyfajta alkotmányos közönyt, kitéve e tevékenységeket a piac által uralt politika hányattatásainak.

¹² 347 U.S. 483 (1954); 349 U.S. 294 (1955).

A közéleti vita elv támogatja az ilyen szerepvállalást, és mikor a tett elmulasztása is a cselekvés egy formájává válik, kiemondottan megkérthetjük, jellehet, az efféle támogatási kötelesség végrehajtásával kapcsolatos jogorvoslati problémák akurak és jól ismertek.¹³

Az állami beavatkozás más formáit szabályozó vagy tiltó állami fellépés – tekintve az autonómia-elvnek erős jogi vonatkozásai vannak, és egyesek ezek közül szerezsejlenek. Az autonómia-elvben rejlő erős előítélet az állammal szemben például azt eredményezte, hogy érvénytelenítettek egyes rendelkezéseket, melyek a kampányköltes számára rendelkez el ptafont. Ugyanezen ok miatt alkotmányos kód borította el a méltányosság-doktrínát, megakadályozva így a doktrína kiterjesztését az írott szövetség, meggyengítve a doktrína végrehajtását, és végül megkérdőjelezve annak létjogosultságát. Az autonómia érdemtelenül nyújt alkotmányos támaszt a dereguláció hívei számára.

¹³ Lásd például Seth F. KRAMER: Allocational Sanctions: The Problem of Negative Rights in a Positive State, 132 *University of Pennsylvania Law Review* 1293, 1297 (1984)

III.

Az elmúlt húsz vagy harminc év során a jobboldal dominált az amerikai politikában, és nekilátott az aktivista állam felszámolásának. A „jobboldal” alatt azokat értem, akik igazságosnak vagy épp természetesnek tartják a piac termelte vagyon és hatalom eloszlását, és akik az államot annak társadalomépítő hajlama és képessége okán fékezni kívánják. Vannak ugyanakkor mások, akik kritikusak a vagyon és a hatalom pillanatnyi eloszlásával szemben, ám akik tartanak az államtól, különösen attól, amelyiknek Washingtonban van a székhelye. Ők szintén elítélték az aktivista államot, ám ehelyett nem a piacra kívántak visszatérni, hanem a „baloldali decentralizáció” programjához.

Egy évszázaddal ezelőtt a populisták álltak elő hasonló programmal, legalábbis amíg el nem nyelte őket a politika főárama, és bele nem kerültek a Demokrata Párt szervezeti öntőformájába.¹⁴ Az 1960-as években a baloldali decentralizáció programja fontos szerepet játszott az SNCC és az SDS életében.* Manapság ezt az elméletet támogatja egy különféle jogi egyetemekről származó kutatókból álló csoport: a kritikai jogtudomány mozgalma. Az aktivista állammal szemben általuk megfogalmazott kritikát a politikai hatalom egyetlen apró íze sem támogatja (hogy nagyvonalúan fogalmazzak), ám mindamellett fontosnak érzem, hogy reagáljak ellenvetéseikre, mivel számos olyan ember képzeletét megragadták, akiket csodálok, ezek közül mindenekelőtt a diákjaimét, és mivel álláspontjuk kiindulópontja az a nézet, amire az állami szerepvállalás igazolása is támaszkodik: nevezetesen az autonómia elvetése, a közéleti vita elvének elfogadása és annak felismerése, hogy a piac torzító hatást gyakorol a demokratikus politikára.

Azzal kezdtek az elején, ahogy arra emlékezhet az olvasó, hogy a közéleti vita önmagában nem lesz „korlátlan, erőteljes és szélesre nyitott”, hanem ehelyett el fogják torzítani a társadalmat domináló erők. Érvelésem szerint az állam számára

* SNCC: Student Nonviolent Coordinating Committee, az amerikai polgárjogi mozgalom diákszárnya az 1960-as években. SDS: Baloldali diákszövetség az Egyesült Államokban az 1960–70-es években.

¹⁴ Lásd Laurence GOODWYN: *Democratic Promise. The Populist Moment in America*, Oxford University Press, 1976.

lehetővé kell tenni, hogy beavatkozzon, olykor meg is kell ezt követelni, mindezt a piac határait korrigálva. Ezt állítva feltételezem, hogy az állam ellensúlyozó hatalomként cselekszik, ám itt a decentralizáció hívei azt mondják, hogy ez vesztéssel jár, mivel szerintük az állam nem így fog eljárni, hanem ugyanazon erők áldozatává fog esni, amelyek a közéleti viták tárgyalását uralják. Mégvan annak a veszélye, hogy az állam nem ellensúlyként fog viselkedni, hanem megerősíti a piacot ebből a korlátos szerepéből, minthogy az államot építjük formájuk a társadalmi erők, mint amennyire az állam maga a változás hajtóereje. Az állam meglehetősen csúszhat a dolgok, ám ennek esélye oly csekély, és az ellenkező lehetőségét pedig oly nagy, hogy a legjobb lenne vonja le a következtetést a baloldali kritikuss-megakadályozni az állami szerepvállalást, vagy legalábbis egy erős vélelmét megfogalmazni vele szemben - nem az autonómia biztonságára, hanem a közéleti viták gazdaságának biztosítása érdekében.

Az 1970-es évek végén Charles Lindblom írt egy fontos könyvet *Politika és piacok* (Politics and Markets), melyben erőteljes és kristálytisza elemzést nyújtott az úgynevezett „körkörös veszélynek”. Elvileg az államnak kellene kormányoznia az üzleti életet, ám jó okunk lehet azt feltételezni, hogy az ellendrés rendszerére pont fordított módon működik. Lindblom kijelenti, hogy az állam a körkörös veszélye kétségkívül valós. Az alapján azonban, ahogyan én látom a tényeket, és meginkább a hatvanas évek aktivista államával kapcsolatos történelmi tapasztalatokat, azt kell hinnem, hogy a függetlenség állam által bírtokolt elemi valódiak és lenyegesek. E függetlenség nem teljes, de kétségkívül elegendő ahhoz, hogy a segítségével megfogalmazott hatalmi ellensúlyként cselekvő állam elképzelése realizálható legyen. Azt is hiszem, hogy a körkörös veszélyével más-képp is felvehetjük a harcot, mint ahogy az állammal szembeni előítéleteket megfogalmazó decentralizáció-hívek vélik. Kezdve azzal, hogy feltűnhet, hogy egyes állami intézmények függetlenebbek a piac befolyásától, mint mások, és en-nek megfelelően ezek több hatalomban részesülhetnek.

A múltban az Elso Alkotmánykiegészítéshez kötődő joggyakorlati megengedte a bíróságoknak, hogy fontos szerepet játszzanak különféle politikai szervezetek érté-keisében, így megakadályozandó a többség diktatúráját. Azt hiszem, hogy foly-latunk kell e hagyományt, ám most azért, hogy legyenek eszközök a körkörös-ség kiküszöböléséhez. A bíróságok az állam részeként nyilván nem teljesen függetlenek a társadalmi struktúrái uraló erők befolyásától, ám feltételez na-gyobb függetlenséget képesek kivívni, mint a törvényhozás vagy a kormányzati hivatalok. Mint ahogy azt a korai New Deal időszakában láthattuk, a társadalmi erők olykor túl nagy függetlenséget biztosítanak a bíróságok számára. E függet-

lenség abból fakad, hogy a bírák hosszú ideig, olykor élethossziglan töltik be hivatalukat, jól megalapozott szakmai normák vonatkoznak rájuk, melyek megkívánják tőlük, hogy reagáljanak azokra a panaszokra, melyeket szívesebben hagynának figyelmen kívül, és nyilvánosan meg kell indokolniuk elvi alapokra helyezett döntéseiket.

A körkörös veszélye szintén csökkenthető az adott intézmények felépítésének megváltoztatásával. A cél nem az, hogy az állam intézményeit teljesen függetlené tegyük a társadalmi struktúrát uraló erőktől (mely célkitűzést bizonyosan lehetetlen lenne megvalósítani), hanem csupán az, hogy valószínűbbé tegyük, hogy ezen intézmények képesek hatalmi ellensúlyként cselekedni. E cél megvalósítása érdekében ezen intézményekben olyan folyamatokat vagy mechanizmusokat kell létrehozni, amelyek növelik a gyengébb pozícióban lévő társadalmi csoportok hatalmát (például kormányzati hivatalokban a rászorulóknak támogatást ajánló irodák felállítása), és olyan folyamatokat, amelyek csökkentik azok hatalmát, akik egyébként uralják a társadalmi struktúrát (például a nyilvános meghallgatások intézményének bevezetése). Ily módon a Ralph Nader* és más fogyasztóvédők által kitűzött program hivatkozhat az Első Alkotmánykiegészítésre, mivel az „állam foglyul ejtése” elleni küzdelem során növelhetjük az állam piactól való függetlenségét, így módon erősítve az állam képességét arra, hogy ellensúlyozza a társadalmi struktúra közéleti vitákra gyakorolt kényszerítő hatásait. Az ilyen reformintézkedéseknek természetesen nem kell a kormányhivatalokra korlátozódniuk, hanem kiterjeszthetők az állam összes intézményére, beleértve a bíróságokat is.

E javító intézkedések egyike sem képes a körkörös veszélyének teljes kiküszöbölésére. Fel kell ismernünk ezen intézkedések tökéletlenségeit, és ez óvatosságra kell hogy intsen bennünket. Ám ennél többet tennünk, ahogy azt a baloldali decentralizáció hívei javasolják, és csatlakoznunk az aktivista állam elleni, manapság oly divatos támadáshoz, még nagyobb veszélynek tehet ki bennünket: ez pedig a piac uralta politika. A körkörös tipikus módon az állami szabályozással szembeni tiltakozással kezdődik; például olyankor, amikor egy büntető szankciókkal meg támogatott tiltást léptetnek életbe egy egyénnel vagy a szólásszabadságot gyakorló intézménnyel szemben. Nehéz megérteni ugyanakkor, hogy miért nem övezi hasonló tiltakozás az állami támogatási programokat. Vannak, akik az efféle programokat többre tartják a szabályozási intézkedéseknél abból a megfontolásból fakadóan, hogy ezek nem sértik az autonómiát; ám minthogy számomra és a baloldali kritika számára inkább a gazdag közéleti vita az Első Alkotmánykiegészítés kulcsfontosságú értéke, mint az autonómia, nehéz lenne számunkra a fenti preferenciát alkotmányos szabállyá változtatni. A közéleti vita elv égisze alatt a méltá-

* Fogyasztóvédelmi aktivista, többször is indult az amerikai elnökválasztáson. *A ford.*

nyosság-doktrína és a köztelelevízió ugyanazon az alkotmányos talpazaton áll: ha az egyik elbukik a körtörősség miatt, akkor a másiknak is buknia kell.

A körtörősségtől való félelemtől vezerve a baloldaliak közül sokan felszámolnák az állami szerepvállalás minden formáját. De nem veszti el számukra minden remény,ők más intézményekbe vetítik bele eszményeiket. Jólléphet háttal fordítanak az aktivista állam szabályozási eszközöknek, és még az állami támogatásokat is elítélik, lévén ellökelték a demokráciának a piaci erők markából való kiszabadítása tárgyában, az önszerveződést és az olyan kifejezési eszközöket magasztalják, amelyek minden polgár számára rendelkezésre állnak, például a tüntetéseket és felvonulásokat. E tevékenységek természetesen fontos szerepet játszanak az Első Alkotmánykiegészítés bármely fellegében, és mint ilyenek természetesen ellenmenetelési, a vietnami háború elleni tüntetések, az egyetemi campusokon felállított kunyhók, melyekkel az apartheid ellen tiltakoztunk, és a Szolidaritás néven ismert történelmi jelentőségű mozgalom Lengyelországban mind dicső példái e ténynek. A kérdés mindamellett nem az, hogy az önszerveződés és a tüntetés fontos-e, hanem hogy elégségesek-e legalább ahhoz, hogy például mutassa az aktivista állam ellen lehessen érvet. Nyilván nem elégségesek. E cselekvések az Első Alkotmánykiegészítés bármely fellegében, am nem alkalmasak arra, hogy megfélemlítsék a méltányosság-doktrínát, a közteleviziót, a kampányköltségek korlátozását és az állami szabályozások vagy támogatások más formáit, melyek célja a közbeszéd minőségének javítása.

A baloldal demokráciaerősítő programjának összeállítását talán azzal az egyszerű megfigyeléssel kell kezdeni, hogy az általuk javasolt politikai önkifejezési formák nem számoltak fel teljesen a körtörősség problémáját. Az államra gyakran szűkség van e tevékenységek legitimációjára és védelme érdekében, és semmi okunk rá, hogy jobban gyanakodjunk az államra, amikor például támogatja vagy szabályozza a médiát, mint amikor a bevásárlóközpontok nyilvános tereit hozza létre szabályozza, közzéadja heccelőket hallgattat el, vagy szakszervezeti tevékenységet legitimál és véd.¹⁶ Sőt, mi több, kizárólag, vagy akár csak főként a felvonulásokra és tüntetésekre (melyeket egy nem radikális kollektív úgy nevez, hogy „olcsó beszéd”) hagyatkozni azt jelentené, hogy a társadalom legkevésbé hatalommal bíró csoportjai a legkevésbé hatáskörökönkifejezési formát lennének kénytelenek használni. Hasonlítsunk össze egy napi pártfelfüggesztési hírmunkát egy helyi bevásárlóközpontban harminc másodpercnyi szerkesztőségi hírdetéssel, olyannal, mint ami a *Columbia Broadcasting System v Democratic*

¹⁶ Lásd Karl E. Klare: *Judicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness*, 1937-41, 62 *Minnesota Law Review* 265 (1978).

National Committee esetnek is tárgya volt.¹⁷ A hatásos beszéd a modern korban nem olcsó.

A dolgoknak nem kell ilyennek lenniük. El tudok képzelni olyan társadalmi helyzetet, amelyben a baloldal által javasolt kifejezési módok elégségesek. Működhetnek a klasszikus görög városállamokban, vagy Amerikában, ha az – mint azt Jefferson javasolta – apró szomszédsági köztársaságokra (*wards*) lenne darabolva.¹⁸ A pusztán jogi decentralizációs vízióval szemben az így létrehozott szociális környezetben a felvonulások és a tüntetések hatásosan informálhatják és okíthatják a publikumot, és emellett fejleszthetik a részt vevő egyének tehetségét és formálhatják személyiségüket is. Az aktivista állam elleni támadást és az olcsó beszéd eszközeire támaszkodást nem csupán a félelem és a körkörös veszélye motiválná, hanem méltányolhatóan vetné föl egy részvételi demokrácia elméletét. Egy efféle elmélet bizonyára magasztalná a baloldal Első Alkotmánykiegészítés-programját, azonban, fájdalom, egy elérhetetlen álmon alapul. Az amerikai társadalom olyan felosztását és újraszervezését kívánná ugyanis meg, ami nem valószínű, hogy valaha is megtörténhet. Ezen elképzelés egy olyan világot feltételez, amelyben minden fontos dolog helyi szinten történik, és ez aligha elképzelhető.

A decentralizálás baloldali hívei tartanak az aktivista államtól, és bár számos jó okuk lehet erre az aggodalomra, azáltal, hogy feltámasztják az állammal ellenséges véleményeket, nem kínálnak elfogadható alternatívát a piac dominálta politikával szemben. Ők az önszerveződést és az olyan direkt akciókat hangsúlyozzák, mint a felvonulás vagy a tüntetés, szemben az állami szabályozással vagy állami támogatással, azonban a ma ismert vagy a valaha is valószínűsíthető társadalmi formákban az általuk ünnepezt kifejezési formák nem lennének elégségesek. Valami hiányozna. Igaz, a polgár nem lenne fogyasztó, de attól tartok, alig volna több polgár, mint egy atléta (vagy Arendt metaforájával élve, mint egy fuvaljátékos).¹⁹ A politika egy utcai mutatványos attrakciójává válna. Azok, akik épp részt vesznek a demonstrációban, ettől nemesedve éreznék magukat, élveznék a küzdelem és a harc különleges ízét, azonban a publikum legnagyobb része – a szavazók csak ülve szemlélnék ezt, elidegenedve és érintetlenül hagyva a székükön, és inkább azzal foglalkoznának, hogyan térjenek vissza napi tennivalóikhoz.

¹⁷ 412 U.S. 94 (1973).

¹⁸ Lásd Thomas JEFFERSON: Letter to Samuel Kercheval (Sept. 5, 1816). In: Edward DUMBAULD (ed.): *The Political Writings of Thomas Jefferson*. New York, Liberal Arts Press, 1955. 97–98.

¹⁹ Lásd Hannah ARENDT: What Is Freedom? In: Hannah ARENDT: *Between Past and Future. Eight Exercises in Political Thought*. New York, Penguin Books, 1968. 143, 153. Lásd általában Hannah ARENDT: *The Human Condition*. University of Chicago Press, 1958; Hannah ARENDT: *On Revolution*. London, Faber and Faber, 1963.

Egy másik világban, meglehet, másképp lennének a dolgok, ám ebben, amelyben élünk, szükség van az államra. Hogy kikerülhessük az állammal szembeniunalomig ismerős ellenvetéseket, kockáztatjuk a körkörösséget és egy sor más vesélyt, de ezt azért tesszük, hogy megmentsük demokráciánkat. Azért fordítunk az államhoz, mert minden intézményünk közül ez a leginkább alkalmas a közügyeknek intézésére, és mert rendelkezik a piac nyomásával szemben szűkséges hatalommal, hogy így politikánk nagyobb és életesebb lehessen.

3.

Csend az utcáskon

Brennan bíró pályájának utolsó két évizéde a Legfelső Bíróságon úgy telt el, hogy folyamatosan kisebbségben volt különvéleményével. Időről időre meg tudott vala-
mit menteni a Warren-testület örökségéből,* am többnyire azon talált magát,
hogy ismét csak panaszkodik, amiért a többség rövidít valamin a jogokon. Lásd:
A Life Lived Twice, 100 Yale Law Journal 1117 (1991). A szabad szólási olykor
olyan területekre ábrázolják, mint amilyen egyetértés uralkodott, azonban ezen a
területen is fennáll a fenti nézeteltérés. Jóllehet a testület ítéleteiben gyakran
idézte Brennan bíró a New York Times v. Sullivan ítéletből, hamar világossá vált,
hogy a testületi többségnek nem volt szja íze szerint a szóban forgó ítélet
alapértéke az erőteljes közéleti vita.

Brennan bíró 1990 júniusában vonult nyugalomba a testületből. Egyik legutolsó
véleménye egy különvélemény volt a United States v. Kokinda esetben, melyben a
testület többsége helyben hagyta a szövetségi kormány döntését, melyben politikai
aktivistákat tiltott ki egy utcai járdáról. Brennan bíró szenvedélyes és meginduló
különvéleményében panaszkodik a megélőző évek során a bíraskodásban lezajlott
váltódszról, és a testület akkori korláts álláspontját összevetette a korai 1960-as
évekbeli állásponttal, amikor a Legfelső Bíróság kiterjesztte öv szárnyát, hogy
megvédje a korszak emberi jogi hiányait. A bíró különvéleménye megragadta
képzeteimet, és egy sor, ekkorra már elvált elöadással felhasználtam, me-
lyekben a Legfelső Bíróság szomorú fordulatát tanulmányoztam (az Albany jogi
Egyetem, a Suffolk Egyetem jogi Karán és a Princeton Egyetem). Megjelenő
kiindulási pontot az 1930-as évekhez nyúlhat vissza, mely időszakot Harry
Kahven úgy jellemezte, mint a korszakot, amikor „a beszéd kezdett győzni” (lásd
A Worthy Tradition, 167 oldal), és feldolgoztam a kor a Schneider v. State
ügyben hozott – egy mezezes ítélet. Az előadás a Suffolk University Law
Review 1992 tavaszi számában jelent meg, röviddel ezután pedig egy szerkesztett
kötetben: Public Values In Constitutional Law (szerk. Stephen Gottlieb, 1993).

* Az Earl Warren vezette (1953–1969) Legfelső Bíróság fontos döntéseket hozott polgári jogi,
alkotmányos szabadságjogi és a bíraskodás szabályaitval kapcsolatos kérdésekben. A ford.

Egy olyan jogrend, amely nem tesz mást, mint védi az utcasarki szónokot, nem biztosítja az életteli demokrácia létrejöttét. Manapság a közéleti viták természetét alapvetően nem az szabja meg, hogy mit mondanak, vagy hogy mennyire képesek megragadni a járókelők figyelmét az utcai szónokok, hanem sokkal inkább a média és különösen a televízió. Valójában az utcai tevékenységeket legyenek azok beszédek, felvonulások vagy tüntetések – leginkább már a televíziós kamera számára rendezik, és azáltal érik el hatásukat, hogy megjelennek az esti híradóban.

Az elmúlt két évtized során a fennálló rend radikális kritikusaiknak egyre nehezebbé vált hozzáférniük a médiához. Az 1960-as évek végén a Legfelső Bíróság fenntartotta a Szövetségi Kommunikációs Bizottság (Federal Communications Commission, FCC) intézkedését a méltányosság-doktrínát, mely arra volt hivatott, hogy a tévében és a rádióban többféle vélemény jusson nyilvánossághoz.¹

Az 1970-es években azonban a Legfelső Bíróság változtatott gyakorlatán. Először úgy döntött, hogy alkotmányellenes lenne, ha az állam ily módon biztosítana hozzáférést az írott sajtóhoz,² és másodszor még az elektronikus média vonatkozásában is úgy határozott, hogy az FCC-t sem a törvény, pedig az alkotmány nem kötelezi arra, hogy biztosítsa a szerkesztői vélemények közvetlen kifejezésre juttatását.³ Az olyan szabályok, mint a méltányosság-doktrína ettől fogva teljességgel opcionálissá váltak az elektronikus média számára. Az 1980-as években e folyamat hasonló irányba tartott, és 1987-ben a Reagan által kinevezett FCC úgy, ahogy van, eltörölte a méltányosság-doktrínát.⁴ Nem sokkal ezt követően, a District of Columbia Fellebbviteli Bírósága fenntartotta és az FCC adminisztratív hatáskörébe tartozónak ítélte az FCC döntését a doktrínáról.⁵

Az FCC továbbra is törvényben előírt kötelezettséget teljesít, tartotta fenn a Legfelső Bíróság, amikor elnökválasztási kampányok alkalmával ellenőrzi, hogy az elnökjelöltek egyforma lehetőséget kapnak-e az illető csatornáknál, hogy eljuttassák üzeneteiket a választókhoz.⁶ Ez az intézkedés azonban nem sokat ér a rendszer radikális kritikusaiknak, minthogy ők általában a politikai kultúra és a párt-szervezetek fősodrán kívül tevékenykednek. Hasonlóképp, az FCC azon intézkedése, mely a nőket és a kisebbségeket előnyben részesítette a műsorszolgál-

¹ *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367 (1969).

² *Miami Herald Publishing v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974), lásd még: *Pacific Gas Elec. Co. v. Public Util. Comm'n*, 475 U.S. 1 (1986) – alkotmányértőnek ítélte a szabályozást, mely megkívánta, hogy a közüzemi számia küldője szándékával ellentétesen egy közérdekű hírlevelet juttasson el a fogyasztókhoz.

³ *Columbia Broadcasting Sys. v. Democratic Nat'l Comm.*, 412 U.S. 94 (1973).

⁴ *Syracuse Peace Council v. Television Station WTVH*, 2 F.C.C.R. 5272 (1987), 3 F.C.C.R. 2035 (1988).

⁵ *Syracuse Peace Council v. FCC*, 867 F.2d 654 (D.C. Cir. 1989).

⁶ *CBS v. FCC*, 453 U.S. 367 (1981).

ítéletében, nem valószínű, hogy nagy javulást hozna ebben a vonatkozásban.

Leszögezendő, hogy az engedélyhez jutó műsorszolgáltatók piaci körülmények

között tevékenykednek; így nem teljesen világos, hogy a tulajdonosi körnek a nem

vagy a borszin alapján történő sokszinűbbé tétele miként változtatna az elektoni-

kus média természetén általában. Sőt, az FCC nem tűnik különbséggel elkötele-

zetnek e saját tulajdonosdiverzifikáló programja iránt, és valószínű, hogy megje-

nebösen lanyha és következetlen módon fogja azt érvényesíteni. Igazából az FCC

már formálisan és nyíltan ejtette volna ezt az intézkedést, ha a Kongresszus nem

avatkozott volna közbe. Végül pedig megjegyzendő, hogy a Legfelső Biróság azon

ítélete, amely fenntartotta a tulajdonlásdiverzifikáló szabályt, a lehető legszűkebb,

5:4-es többségű ítélettel született, és hogy a többség egy része, köztük Brennan,

Marshall és Blackmun bírók már nyugdíjba mentek. Később a District of Colum-

bia Fellebbviteli Birósága egy véleményben, melyet a Marshallt helyettesítő

Clarence Thomas készített, visszavett valamennyit korábbi ítéletéből, és alkot-

kor előnyt biztosítana nek számára.⁸

A médiában megjelenő vélemények körét kiszélesíteni igyekvő jogrendszer ösz-

szeomlása nem zárta el az utat teljesen a radikális kritikások elől. Egyesek közü-

lül, különösen a vallási szervezettek, elég gazdagok ahhoz, hogy adásidőt, vagy

épp saját csatornáit vagy újságot vásároljanak maguknak. Más ellenzéki vélemé-

nyek hangjai megszólalhatnak a lapok véleménynyitvatában, irhatnak lapok levele-

zőrovatába, véleménymagazinokba, és beszélhetnek a köz számára hozzáférhető

kábelsatortákon (azoknak, akik szeretnek késő éjjel főnnyaradni). Az ellenzéki

csoportok eseményeit és tevékenységét a nagy tévécsatornák és az országos lapok

is figyelik. Kár lenne lekicsinyelni e megnyilvánulási lehetőségek összességét,

azonban ezek a lehetőségek igazság szerint elég korlátozottak. A legtöbb radikális

nem tud adásidőt venni magának, és a nagy tévéátvitelű csatornák amúgy se nagyon ad-

náznak el neki időt, a háttérben lévők szövegíróknak nincs tőlük ah-

hoz, hogy újságot vagy tévécsatornát vegyenek, a tiltakozó akciókról szóló beszá-

molók megjelenési esélyeit behatárolják a magánmédia számára irányadó

gazdasági körülmények, és ugyane körülményeknek köszönhető a közmedia gyen-

gélkedése is.

Ebben a kontextusban visszatérünk az utcasatorkra, némi kétségbeeséssel.

Annak közéleti vitákban betöltött szerepe eltörpül a média hasonló szerepe mel-

lett, ám megmarad az egyik olyan nyilvános térnek, ahol radikális aktivisták meg-

szólíthatják a közvéleményt, az utca sarka az ő utolsó, végső elkeseredésükben

⁸ *Metro Broadcasting, Inc. v. FCC*, 497 U.S. 547 (1990).
⁹ *Lamprecht v. FCC*, 958 F.2d 382 (D.C. Cir. 1992).

megmaradt fórumuk. Feltételezhetnénk, hogy a médiában és a médiaszabályozásban történő változások nyomán a Legfelső Bíróság, e változásokat kiegyenlítő, fokozott védelemben részesíti az utcasarkon és minden olyan más nyilvános helyen megszólaló beszédet, ahol emberek összefuthatnak: buszvégállomásokon, repülőtereken, postahivatalokban és plázákban. Valójában ennek pont az ellenkezője történt. Ahelyett, hogy a Legfelső Bíróság ellensúlyozta volna a saját maga által hozott médiaszabályozási intézkedéseket azzal, hogy védelemben részesíti a nyilvánulás alternatív fórumait, a testület által hozott intézkedések súlyosbították vagy a korábbiakkal megegyező irányba terjesztették ki a médiával kapcsolatos döntéseik hatásait. Ebből igyekeztük megmutatta, hogy korábbi döntéseiket a médiával kapcsolatban nem az amúgy méltányolandó, a szabad sajtó különleges szükségletei iránti érzékenységük vezette, hanem inkább az, hogy nem volt szájízük szerint az erőteljes közéleti vitára való hivatkozás, avagy akár épp ellenszenvvel tekintettek e vitákra.

Az 1939-es bíres *Schneider v. State* ügy óta az utcasarok otlatom alatt áll, mégpedig az alatt, amit én úgy hívok, hogy az „aranyos kiegyenlítés tesztje” (*weighing test*). E teszt megszabadít a definíciós bercehurcáktól, melyek azon elmékednek, hogy vajon bizonyos megnyilvánulások szórólapok osztogatása vagy egy tiltakozó menet inkább „beszédnék” minősülnek-e, mint „cselekvésnek”, azáltal, hogy átengedi az államnak a hatalmat érdekeinek a szabad szólás korlátozásával is járó érvényesítésére. Az Első Alkotmánykiegészítés nem átható határan védőpajzsaként oltalmazza a beszélt, mely immunitást biztosít a beszcédet korlátozó szabályokkal szemben; az sokkal inkább egy mechanizmus, mely az igazolás folyamatait strukturalja. Az utcai szónokot el lehet hallgattatni, de csak akkor, ha az állam bizonyítani tudja, hogy rá tud mutatni egy, a szabad szólás elhallgatására, sőt tül érdekre, és hogy ez a bizonyos érdek meghaladja azokat a károkat, amelyeket a szabad szólás szenved az elhallgatattatás révén.

A *Schneider*-ügyben a Legfelső Bíróság véleményét Roberts bíró foglalta írásba. Egyenesen fogalmazott, üdítően mentesen a modern kori szólásszabadságtételek szakzsargonjától; az alábbiak szerint azonosította az előtte álló feladatot:

Minden esetben, (...) amikor a törvényhozás korlátoz bizonyos, [az Első Alkotmánykiegészítés hatálya alá eső] jogokat, a bíróságoknak körültekintő módon kell szemügyre venniük a kérdéses törvény következményét. Pusztán törvényhozói preferenciák vagy a közillelem szempontjait figyelembe vévő meggyőződéses szolgálhatnak személyes cselekvéseket szabályozó érvként, ám lehetnek elégtelenek is, ha a demokratikus intézmények fenntartásához szükséges jogok gyakorlását kívánják korlátozni. Es így, ahogy gyarapodnak a vitatott esetek, a bíróságokra hárul az a finom érzéket kívánó nehéz feladat, hogy mérlegeljék a körülményeket, és hogy értékeljék azon indokok súlyát, melyekre hivatkozva szabályozni kívánják a jogok szabad élvezetét.¹⁰

A *Schneider*-ügy valójában négy különböző ügyből áll. Egy közülük számunkra itt most nem fontos, egy helyhatósági rendeletről szólt, mely engedélyhez kötötte a házaló ügynöki tevékenységet. A Jehova Tanúi megtámadták e rendeletet, és a Legfelső Bíróság a *Lovell v. Griffin* ügyre¹ hivatkozva megsemmisítette azt, mondván, hogy az a helyi önkormányzatot túl széles hatáskörrel ruházta fel. A többi három esetben közös, hogy a reklámcédulák és szórólapok utcai osztogatását megtiltó helyhatósági rendeletek képezik a vita tárgyát. Ez a három eset rendkívül fontos annak magyarázatakor, amit korábban az arányos kiegyenlítés tesztjének neveztem.

Los Angelesben történt az első eset. Egy embert elítéltek azért, mert rölapot osztogatott az utcán a Lincoln Brigád Barátai nevű társaság egy rendezvényére, melyen a spanyol polgárháború legfrissebb eseményeit szándékozták megvitatni. A második eset Milwaukee-ban esett meg, egy húspiac munkaügyi vitájához kapcsolódott. Letartóztattak egy embert azok közül, akik a piac bejáratánál olyan rölapokat osztogattak, ami leírta a piaccal kapcsolatos munkaügyi panaszuk lényegét, és így igyekeztek a vásárlókat eltéríteni attól, hogy a piacon vásároljanak. A harmadik eset Worcesterben történt, Massachusetts államban, ahol az önkormányzat rendeletben tiltotta meg rölapok osztogatását. A szóban forgó cédulák egy gyűlésre invitáltak, ahol tiltakozni kívántak az állami munkanélküli ellátás megszervezésének módja ellen. Ebben és a milwaukee-i esetben bizonyítékok garadája támasztotta alá a nyilvánvalót: sok járókelő eldobta a kezébe nyomott cédulát, így az utca tele lett szeméttel.

A Legfelső Bíróság McReynolds bíró lakonikus különvéleményével egyhangúan törvényen kívül helyezte a rölaposztást tiltó rendeleteket. Roberts bíró egész indokolása elfért az alábbi bekezdésbe:

Az alsobb fokú bíróságok megerősítették a törvényhozás által hozott [a rölapozást tiltó] rendeleteket abból a megfontolásból, hogy így kiküszöbölhető az utcai szemetelés, és jöllehet az elkövetőket magukat nem vádolták szemetelessel, elítélésük alapja az a meggyőződés volt, hogy abbéli tettük bántorította vagy eredményezte a szemetelést, hogy szétszortották a rölapokat. Meggyőződésünk, hogy az utcai tisztaság és a kulturált környezet elérésére irányuló szándék elégtelen igazolása egy olyan rendeletnek, amely megtiltja azt, hogy egy személynek az utcán jogában állhasson átadni valamely olvasnivalót egy járókelőnek, aki azt hajlandó elvenni tőle. Az utca tisztán tartásának és rendben tartásának a rölaposztogatás következtében előállt, a városvezetésre háruló bármely terhe a szólás és a sajtó szabadságának alkotmányos védelméből származik. Ezen alkotmányos védelem nem fosztja meg a városvezetést minden olyan eszköztől, mely révén kiküszöbölhető a szemetelés. Vannak nyilvánvaló eszközei a szemetelés megelőzésének. Ezek között szerepel azoknak a megbüntetése, akik valójában eldobják a papírt az utcán.²

¹ 303 U.S. 444 (1938).

² *Schneider*, 308 U.S. at 162.

Ebben a bekezdésben láthatjuk, miként végzi munkáját az arányos kiegyenlítés folyamata. Roberts elismerte az állam személetes elkerüléséhez fűzött érdekeinek legitimitását. A személetes elkerülésként is megjelölhető a kormányzat. Mindamellett ezen érdekek elörpülnek a szabad szólas érdekében, mely szabad szólast Roberts úgy jellemzett az ítélet egy korábbi részében, hogy az „a szabad emberek által végzett szabad kormányzás fundamentuma”.¹³ Roberts számára a mérleg nyelve a szabad szólas fele áll; ebből következik az állam érdekeinek különösen értékeseknek és fontosnak kell lenniük ahhoz, hogy egy, a szabad szólast korlátozó rendelet alkotmányosnak minősüljön.

Még az ítélet után is, mely kimondta, hogy a személetes kiküszöbölése elégtelen ok a szólas korlátozásának indoklásához, Roberts rámutatott, talán a tisztelt-gesztusaként az állam fele, hogy annak más eszközei is vannak igényei kielégítésére. Például vádat emelhet a személetes ellen, aki ténylegesen eldobta a járdán a röplapot. Nyilvánvaló, hogy ez a megoldás kevésbé hatásos és kevésbé hatékony annál, mintha a röplapozót fogják el, ám ezen áldozatokat az alapszabadság védelméért hozzák. Mint azt Harry Kalven mondta évekkel később, Roberts a szabad szólast nem luxusalapjognak tekintette.¹⁴

¹³ Uo. 161.¹⁴ Harry Kalven, Jr.: *A Worthy Tradition. Freedom of Speech in America* Harper & Row, 1988. 156. 197.

II.

A *Schneider*-ügy igazán az 1960-as években virágzott teljes pompájában, amikor a Warren-testület alkalmazta az arányos kiegyenlítés tesztjét, hogy így védje az emberi jogi mozgalom mindig szenvedélyes és olykor romboló hatású beszédmegnyilvánulásait.¹⁵ Megindítva attól a hősies eltökéltségtől, mellyel a Legfelső Bíróság az ország utcáit és járdáit biztosítani kívánta a politikai aktivisták számára, Harry Kalven a „közéleti fórum” (*public forum*) fogalommal gazdagította az Első Alkotmánykiegészítés szótárát, és elmagyarázta, hogy egy életteli demokrácia számára mennyire fontos a hozzáférés e fórumokhoz.¹⁶ Az 1970-es, '80-as évek során e tendencia megfordult és a Legfelső Bíróság védelme az utcasarok – születési neve: „közéleti fórum” felett egyre kevésbé volt alapos. A *Schneider*-ügy a könyvekben maradt; gyakran idézte és tárgyalta a Legfelső Bíróság, de elszivárgott belőle minden életerő.

A Legfelső Bíróság 1984-es döntése a *Los Angeles v. Taxpayers for Vincem* ügyben¹⁷ ékes példája ennek az átalakulásnak és a módszernek, mely révén Roberts arányos kiegyenlítés folyamatát átalakították és eltorzították. Az eset a Los Angeles-i városi tanácsi választások kampányához kapcsolódik, amikor is az egyik jelölt Roland Vincent úgy gondolta elérni a választópolgárokat, hogy a villanyoszlopokra ragasztotta hirdetését. A hirdetés egyszerű üzenetet tartalmazott: „Ro-

¹⁵ Lásd például *Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 536, 553–58 (1965) felülbírált egy beszélő ellen hozott ítéletet, aki akadályozta a járdán a közlekedést; *Edwards v. South Carolina*, 372 U.S. 229, 235–37 (1963) megerősíti, hogy a tüntetéseket tiltó közrendrendelet sérti a polgárjogi tüntetők Első Alkotmánykiegészítés által védett jogait, lásd szintén *NAACP v. Button*, 371 U.S. 415 428–29. (1963), – fenntartja, hogy Virginia tiltó rendelete a jogi vállalkozások hirdetései ellen ellentétben áll a NAACP-nek az Első Alkotmánykiegészítés által szavatolt jogaival.

¹⁶ Lásd Harry KALVEN, Jr.: *The Concept of Public Forum: Cox v. Louisiana*. 1965 *The Supreme Court Review* 1; Harry KALVEN, Jr.: *The Negro and the First Amendment*. Ohio State University Press, 1965, újraközölve 1966-ban egy *Public Forum*-cíikkel kiegészítve, lásd még Robert C. POST: *Between Governance and Management. The History and Theory of the Public Forum*. In: Robert C. POST *Constitutional Domains. Democracy, Community, Management*. Cambridge, Harvard University Press, 1995. 199.

¹⁷ 466 U.S. 789 (1984).

land Vincent Városi Tanács". A város közhírszolgálati alkalmazottai, követte a város rendeletét, mely tiltotta bármennyi üzenet elhelyezését a villanyoszlopokon (vagy hasonló szerkezeteken), leszedték a választási hirdetéseket. Válaszképp Roland Vincent követő megáldották a város rendeletének alkalmazását. A Legfelső Bíróság Stevens bíró indoklását követve, azon az alapon, hogy az intézkedés különféle esztétikai érdekeket szolgál, beleértve a "vizuális zűrzavart" elkerülését, Vágyát, megszorgott szavazattal ugyan, de fenntartotta a rendeletet. Brennan, Marshall és Blackmun bírák különvéleményt fogalmaztak meg.

A Vincent eredménye szöveg ellenében áll a Schneider következtetésével, és ez az elemzési módszereikre is igaz, bár nem annyira feltűnően. A Schneider arányos kiegyenlítés tesztje helyett Stevens bíró egy sor precedensre építve több szintű kategorizáló megközelítést alkalmazott. A Schneider arányos kiegyenlítés tesztje a folyamatos vezérléscsökkentést a méltóság mellett, melynek nyelve többnyire az Elő Alkotmánykiegészítés felé billen: a szóhasználat mellett dönt, ily módon megkísérve az államot, hogy az azonosítson a méltóság másikkal, például különösen nagy súllyal latba eső vagy sürgős érdekeket a célból, hogy a szabályozás fenntartsa a *Vincen*tben alkalmazott kategorizáló megközelítés során a bíró szintén két faktort állít szembe: a szóhasználati kárt és az állam érdekeit. A korábbiakkal szemben viszont nem összehasonlítja, egyensúlyozza a két faktort, hanem elemzi őket mint két, egymásra tett skatulyákba vagy dobozokból álló oszlopot. Egy oszlopnyi skatulya a károkra, egy pedig az állam érdekeire.

Az első oszlop szabályozásokat osztályoz attól függően, hogy miként különbözik a szóhasználat. Azt a törvényt, amely a beszédet tartalmazó tartalom alapján különbséget tesz, mint "tartalom alapuló szabályozást" osztályozza, míg a törvény, mely a beszéd idejét, helyét vagy jellegét szabja meg, a "hozzáférési-szabályozás" skatulyába kerül. A második oszlopban három doboz van, osztályozva a törvényt által támogatott állami érdekekkel. Az első doboz a "kényszerítő", a második a "lényeges" és a harmadik a "közönsséges". Minden egyes skatulya az állami érdek eltérő fontosságú szintjét jelöli.

A kategorizáló folyamat egy sor szabályt is tartalmaz, olykor ezeket mint "a vizsgálat szintjét" említi, melyek a két oszlop közötti kapcsolatok és megjelöléseket hoznak létre, azaz a meghatározott tartalom fog egy meghatározott fontosságú állami érdek. Ahhoz, hogy elfogadható legyen a tartalom alapú szabályozás, az állami érdekek oszlopban kell találni egy érdeket, amely a "kényszerítő" skatulyába esik; más szóval az a legszigorúbb és a legaprólékosabb vizsgálat alá esik. Egy hozzáférési-szabályozás közepes, vagy annál enyhébb szigor

¹⁸ Lásd *Hefron v. International Soc. for Krishna Consciousness*, 452 U.S. 640, 649-51 (1981) – az eljárás kategorizálás elemzése annak elbírálására, hogy állami vásárokon leszüntethető-e a megjelenések, *United States v. O'Brien* 391 U.S. 367, 376-80 (1968) – az eljárás kategorizálás elemzése a katonai behívó megsemmisítése szabályozásának elbírálására.

megvalósító vizsgálódást igényel, mivel az állam érdekei ekkor csupán a „lényeges” vagy „jelentős” kategóriába esnek.

Önmagában véve e metaforaváltás, mely során az arányos kiegyenlítés átadja a helyét egy kategorizáló megközelítésnek, nem lenne kirívóan fontos dolog. Fel lehet fogni egyszerűen az alkotmányjog egyre fokozódó bürokratizálódásának következményeként, módszerként, mely doktrínák egész tömegét alkalmazza, mely nem jelent különösebb veszélyt az Első Alkotmánykiegészítés értékei számára.¹⁹ Csakúgy, mint az arányos kiegyenlítés tesztje, a kategorizációs megközelítés is megteheti, hogy mindig elismeri a szabad szólás kitüntetett szerepét azzal, hogy mindig a „kényszerítő” kategóriát azonosítja a vele szemben álló állami érdek számára. Így nem sok különbség lenne a két módszer között. Roberts bíró nem használta a „kényszerítő” kifejezést, de épp használhatta volna, mivel érvelése szerint a beszédet korlátozni kívánó állami érdekek igencsak sürgetőnek kell lennie ahhoz, hogy érvényesülhessen. Egy alapvető különbség feltűnik azonban, mivel a kategorizációs módszerre való áttérés együtt járt az állami kötelezettségvállalások csökkentésével. Nem a „kényszerítő” lesz a mérce az olyan hozzáférés-szabályozások esetében, mint a Los Angeles-i rendelet. Az efféle intézkedéseket inkább a „lényeges” mérce alá eső érdekekkel fogják összekapcsolni ami nyilvánvalóan több, mint a „közönséges”, de kevesebb is, mint a „kényszerítő”.

A helyi bíróság a *Vincent*-ügyben Los Angeles városnak a vizuális zűrzavar elkerüléséhez fűződő érdekeit „legitimnek és kényszerítőnek”²⁰ tekintette, amikor fenntartotta a városi rendeletet. A következtetés ránézésre abszurdnak tűnhet ha a vizuális zűrzavar elkerülésének igénye kényszerítő erejű érdek, akkor a „kényszerítő” szó elvesztette minden értelmét. A Legfelső Bíróságon azonban Stevens bíró a város érdekeit csupán „jelentősnek” vagy „lényegesnek” értékelte ítéletében.²¹ Stevens érvelése szerint a korábbi ítéletek arra tanítanak, hogy „az állam szükséges esetben korlátozhatja a szabad szólást, hogy így segítse elő egy jelentős és legitim állami érdek érvényesülését”.²² Az ilyen szabályozásokhoz kötődő helyi közösségi érdeket Stevens „súlyosnak”²³ nevezte, és úgy zárta következtetését, hogy „a rendelet által érintett probléma – a Los Angeles polgárai ellen intézett vi-

¹⁹ Lásd John Hart Ely: Flag Desecration. A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis. 88 *Harvard Law Review* 1482, 1500–01 (1975). Ely professzor érvelése szerint a Warren-testület szívesen használta a kategorizációs elemzést Első Alkotmánykiegészítés-esetekben abból a célból, hogy korlátozza az igazságszolgáltatás értelmezési aktivizmusát. Lásd még *Employment Div. v. Smith*, 490 U.S. 872 (1990) – Scalia bíró a kategorizációs elemzést alkalmazza a szabad joggyakorlásra vonatkozó követelésekre.

²⁰ *Vincent*, 466 U.S. 795.

²¹ Uo. 804–805.

²² Uo. 804.

²³ Uo. 806.

zualis támadás a város vagyona képező oszlopokon felgyülemlett hirdetések által – jelentős és lényeges kellőenlenségnek tekinthető, aminek tiltása a városnak jogában áll.²⁴

Stevens elmozdulása a köztes értékelés mértéke felé azon a nézet alapján, hogy Los Angeles rendelteté tartalomsmélté volt. A szabályozás maga nem Ronald Vincence és nem általában véve a politikai jelöltek tevékenységére vonatkozott, hanem mindenekelőtt, akiknek szándékában állt hirdetések kitérni a villanyoszlopokra. Ezen állásfoglalással Stevens hú volt az 1970-es és a korai 1980-as évek esetei által kijelölt irányvonalhoz, melyek a tartalom alapján szabályozást kiemel-ten vesztélyesnek tartották az Elso Alkotmánykiegészítés értékeire nézve. Eltekintve a precedensektől, egy kérdés azért feltehető Stevens ítéletének megálapozottsá-gával kapcsolatban. Egy beszélő vagy bizonyos típusú beszélőket kizárólagan nyitvános utcasaroktól támadó jellegű lépés, ám az is az, ha valaki úgy, ahogy van, elzárja az utcasarokot a nyilvánosság elől. Ez következkésképp hátrányba hozza azokat a beszélőket, akiknek a legnagyobb szükkségük van az utcasarokra ahhoz, hogy elérjék a publikumot, csökkenni a nyilvános viták összmennyiségét, és így csoportja a közösség képességét az önrendelkezés megvalósítására. E megfontolá-sok indították a bírakat a *Schneider*ben döntésük meghozatalára, mely úgy végül is magában foglalt röplapozást tiltó rendelkezéseket, melyek, hasonlóan a Los An-geles-i tiláshoz, nem meghatározott tartalmakra vonatkoztak.

A *Schneider*-től és az embert jogi korszak „nyilvános fórum” ügyeitől való ag-gaszto elfordulásként értékelhető Stevens bíró hajlandósága arra, hogy mértékelje a szabad szólas védelmének szokásos mértéjét, ám talán a legaggasztóbb az a mód, ahogyan a jelentős érdek tesztjét alkalmazta. Véleményének legvégén idézte a *New York Times* v. *Sullivan* mágiikus fordulatát, amely az ország elkötelezettségét hangsúlyozta a „korlátlan, erőteljes és szélesre nyitott közbeszéd iránt.”²⁵ Elemen-tében ugyanakkor sehol nem lehet érezni ezen elkötelezettség hűzőerjét. Stevens azt mondta, hogy a vizuális zúzavár elkerülésének érdekében, mintha csak sorta vagy „nagy súlyú”, ám e kifejezéseket mechanikusan használta, mintha csak sorta venné az indítványokat. Valójában, ha a vizuális zúzavár elkerülésének érdekében megtehető indok lenne a beszéd beállításához, akkor kevés olyan állami érdek tet-lálnánk, amely ne felelne meg ennek a feltételnek. Nyilvánvaló, hogy ilyen alapon egy sor más esetben is be lehetne tiltani a beszédet az utcasarok, hogy így elke-rülhessék a közlekedés veszélyeztetését, hogy csökkentsen a gyalogosok torlódása, hogy biztosítani lehessen az akadálytalan bejutást az üzletekbe, vagy hogy el le-hessen kerülni a rendbontást. Egészességügyi és esztétikai megfontolások alapján még a szemét elkerülésének kívánalma is megtehető ok lehetne a szórólapozás

megtiltására. Semmi, abszolút semmi nem maradna a *Schneider* és a folyománya-ként megszületett döntések számára.

Szembeesülve ezen aggasztó eredményekkel, Stevens két érvet vezetett elő, melyek úgy is olvashatók, mint az álláspontjának szelídítésére tett kísérletek. Elsőként úgy érvelt, hogy a *Vincent*-esetben az államnak nem volt alternatívája a cselekvésre, mondván, nem tudta volna oly módon érvényesíteni az érdeket, hogy az lényegesen kisebb mértékben fenyegetse az Első Alkotmánykiegészítés értékeit. Az arányos kiegyenlítés eljárásának kontextusában az iménti kérdés, mely az állam alternatív érdekérvényesítő eszközeit firtatja, alapjaiban határozza meg, hogy az állam érdeke indokolja-e a kérdéses ítéletet. Például a *Schneider*-esetben egy kevésbé korlátozó alternatíva jelenléte (például egy szemetelést megtiltó rendelet) tagadta vagy meggyengítette azt a jogalapot, mely szerint a szemét elkerüléséhez fűződő érdek kényszerítette ki a szórólapozás tiltását. A modern esetek kategorizálási megközelítései során a „kevésbé korlátozó alternatíva” utáni kutatás afféle többletteendőként tűnik fel. Az állam érdekeinek lényegesnek (vagy olykor kényszerítőnek) kell lenniük, és a szabályozásnak *emellett* a lehető legkisebb mértékű kényszerítés révén kell a kérdéses érdeket érvényesítenie.²⁵ Ez azt jelenti, hogy a Los Angeles-i rendelet fenntartása érdekében Stevensnek úgy kellett következtetnie, hogy nem csupán fontos érdek volt a vizuális zűrzavar elkerülése, hanem emellett úgy is, hogy a Los Angeles által e cél elérése érdekében életbe léptetett rendelet a lehető legkisebb mértékű korlátozás volt.

Nyilvánvaló, hogy a *Vincent*-esetben volt lehetőség kevésbé korlátozó intézkedésekre. Mint ahogy Brennan bíró kifejtette azt különvéleményében, a plakátolásnak a város összes villanyoszlopára vonatkozó, teljes tiltása helyett – ahogy a rendelet határozott – megtehették volna, hogy bizonyos környékeken tiltják meg a plakátolást, vagy szabályozhatták volna annak sűrűségét. A totális tiltáshoz mérve egy efféle középútas megoldás talán nem érvényesítette volna oly teljeskörűen vagy hatékonyan a város esztétikai érdekeit. Ám mint azt a *Schneider* megmutatta, a legkevésbé korlátozó alternatíva tesztje szerint bizonyos mértékű áldozat elvárható a szabad szólás érdekében.

Stevens bíró nem erre a következtetésre jutott; és ezt részben a modern esetek legkevesebb korlátozás normájának felvizezésével tette. Akkor bukik el egy, a beszédet szabályozni, az állam érdekeit pedig védeni kívánó elképzelés, ha „a kelletnél lényegesen szélesebb körű”.²⁷ Más szóval egy, nem a lehető legkevesebb korlátozással járó szabályozás akkor léphet életbe, ha nem korlátoz „lényegesen” jobban, mint az állam rendelkezésére álló egyéb eszközök. Az államra háruló feladat, a *legkevésbé* korlátozó szabályozás megkeresésének terhe ily módon csök-

²⁵ *Vincent*, 466 U.S. 808.

²⁶ Lásd. *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367, 377 (1968).

²⁷ *Vincent*, 466 U.S. 808.

ken. A Brennan által javasolt szabályozás, mely a plakátolás adott sürűségét hatar-
rozta volna meg, bár kevésbé korlátozna, mint a teljes tiltás, ám – Stevens szerint
az állam nem lenne köteles alkalmazni azt, mivel nem „lényegesen” kevésbé
korlátozó a város által választott módszerhez képest. A szólasnak nem mindenfajta

védelme követelmény; csak a lényegesek.

Az Első Alkotmánykérdésértékének fontosságát Stevens bíró egy másik
helyen is figyelmen kívül hagyta, amikor a legkevésbé korlátozó alternatív szabá-
lyozás kérdését tárgyalva odáig ment, hogy a *Schneider*-t magát megossza azon
az alapon, hogy a Roberts bíró által elképzelte személtelenség rendelet nem kor-
látozta volna a beszédet, míg a Brennan által javasoltak igen. Stevens ezt írta:
„Egy személtelenség rendelet korlátozni tudja volna a tényleges kárt anélkül,
hogy ezzel bármilyen önkifejezési cselekvést megtiltott volna. (...) Itt a tényleges
kárt a vizuális enyészet nem egyszerűen az önkifejezés lehetséges mellékier-
méke, hanem azt maga az önkifejező cselekvés hozta létre.”²⁸

E részben Stevens pontosan leírja a két eset közötti különbséget, ám nem meg-
győző abbéli igyekezte, hogy azt a *Schneider* relevanciájának korlátfárá változ-
tassa Roberts megemlése a *Schneider*, illetve a személtelenség rendelet kap-
csán példaként szolgál, azt megmutatandó, hogy abban az ügyben a röplapozás
tiltásának vannak kevesebb korlátozással járó alternatívái.²⁹ Nem a példának, ha
nem a szabálynak kellene uralkodónak lennie, mely szabály alapján a Legfelső Bi-
rósnak kell tennie kérdést, hogy voltak-e a Los Angeles által választott eljá-
rásnak kevésbé korlátozó alternatívái, minthogy ténylegesen voltak. Még ha
Brennan alternatív javaslatát jelenítették is bizonyos korlátozást a beszédre nézve, e
beavatkozás sokkal szűkebb lett volna, mint a Los Angelesben hatályba lépett tel-
jes tiltás.

A második taktika, mellyel a *Vincent* eredményének tompítása vagy boccsána-
rossa tétele érdekében élt, Stevens azon állításában érhető tetten, mely szerint a
beszélőnek volt megfelelő alternatív kommunikációs csatornája. Stevens így ír:
„a nyilvánosság vált tények között semmi sem utal arra, hogy a politikai hirdetések
elhelyezése közvagyonot képező tárgyakon egyedülállóan értékes vagy fontos mód-
ja volna a kommunikációnak, vagy hogy a perbe fogott fél lehetőségét a hatóság
kommunikációra egyre növekvő korlátozások tenyegesíték.”³⁰ Ha jobbszeműen pró-
báljuk értelmezni Stevens ezen állítását, érthetjük úgy, hogy ha nincs alternatív
kommunikációs csatorna, az állam érdekei megfelelően kényszerítők ahhoz,
hogy a szabályozás indokai szolgáljanak (még ha a szóban forgó szabályozás ál-
talános is), vagy hogy az állami érdekek valóban lényegesenek kell lennie, vagy

²⁸ Uo. 810.

²⁹ Figyeljük a „között” (*amongst*) szót a *Schneider*-ből idézett részben, 308 U.S. 162.

³⁰ *Vincent*, 466 U.S. 812.

hogy a Legfelső Biróság a legkevésbé kényszerítő alternatíva tesztet még szigorúban alkalmazza. Ezen értelmezés szerint a szabad szólást érő veszteségek még rettentesebbek ott, ahol nincsenek alternatív kommunikációs csatornák, és a Legfelső Biróságnak több oka van arra, hogy az állam cselekvését alapos elemzésnek tegye ki.

Ennek ellenére Stevens bíró *Vincentre* vonatkozó elemzése kevés vigaszt nyújt nekem. Ahelyett, hogy azt kérdezné, hogy a közvéleménnyel való kommunikációnak értelmes és hatásos módja-e plakátokat villanyoszlopokra tűzni – amit mindenki megkérdőjelezhet a szórólapozás esetében –, úgy tűnik, hogy Stevens a beszélőre helyezi annak a bizonyítását, hogy az illető kommunikációs csatorna „egyedülállóan értékes”. A szórólapozás vagy bármely más kommunikációs forma önmagában nem állná ki ezt a tesztet. Mindig vannak alternatívák, egyesek jobbak, mint mások, ám a kommunikáció egyetlen formája sem „egyedülállóan értékes”.

Roberts bíró a *Schneider*ben az alternatív kommunikációs módok kérdését más szempontból közelítette meg. Ő elismerte a beszélőnek azon jogát, hogy szabadon válassza meg az eszközt, amivel el kívánja érni a publikumot, és az államra helyezte annak a terhét, hogy indokolja meg beavatkozását az illető kommunikációs formával szemben. Ahogy mondta, „senki szabad szóláshoz való joga nem korlátozható azon az alapon, hogy máshol szabadon gyakorolhatja azt”.³¹ Ezzel szemben úgy tűnik, Stevens bíró csak azután volt kész az indokolás terhét az államra helyezni, hogy a beszélő megindokolta, hogy miért választotta az illető kommunikációs módot; és tette mindezt meglehetősen impozáns módon.

³¹ *Schneider*, 308 U.S. 163.

Miközben a *Vincent*-ügyben a Legfelső Bírószág kihíromulisan manipulálta az arányos kiegyensúlyozás tesztjét és annak modern pártját, hogy a *Schneider*-ellenmondó eredményre jusson, névleg a teszt legyengített változatához ragaszkodott. A Legfelső Bírószág közepes szigorúsági vizsgálatot ígért, ám mint azt láthatjuk, ezt az ígéretet alaposan megszegték a nagy igyekezetben. Jóllehet az 1990-es *United States v. Kokinda*” esetben a revíziós folyamat újabb állomása-hoz érkezett, lényegében megtagadta a *Schneider*-t és mindent, ami azzal járt. Az O'Connor bíró által jegyzett véleményben a tesztet többsége nyíltan elutasított minden speciális felülvizsgálati eljárást – legyen az arányos kiegyenlítés vagy középsszintű felülvizsgálati eljárás (*intermediate scrutiny*) – a közterületekhez, köztük a járdákhoz való hozzáférést korlátozó szabályozások egy nagy csoportjával kapcsolatban. Kennedy bíró megtagadta, hogy csatlakozzon O'Connor véleményéhez. Ő kitarított amellett, hogy valamilyen közbűlső felülvizsgálati eljárásnak alá kell vetni e szabályokat – jóllehet, a *Vincent* szellemében, amire hivatkozott, e tesztet kielégítőnek tartotta. Brennan, Marshall és Blackmun bírák megintcsak különvéleményt fogalmaztak meg az ítélet ellen. Ebben az esetben Stevens bíró is csatlakozott hozzájuk.

A *Kokinda*-ban az ügy tárgya az Egyesült Államok Postaszolgálatának (USPS) egyik szabályzata volt, melyben a szervezet megtiltotta az adománygyűjtést a tulajdonát képező területen. A szabályzatot egy politikai szervezet önkénteseinek csapataira alkalmazták, akik egy postahivatal bejáratától nem messze egy aszfalt állítottak fel a járdán, hogy adományokat és előzetéseket gyűjtsenek a szervezet könyveire és újságjára, továbbá, hogy különböző politikai kérdésekkel kapcsolatos iródalmaidat osszannak az arra járóknak.

A szóban forgó postahivatal egy különálló épületben volt egy nagyobb autópálya mellett, a kertvárosi Marylandban. Az emberek autóval mentek a postára, leparkoltak, és a parkolóból egy járdán mentek be a postára. Ezt a járdát használták a politikai aktivisták. Az adománygyűjtők ellen büntetőeljárás indult, és olyba

tűnt, az eset nagyon emlékeztet majd a milwaukee-i húsiparnál tiltakozók esetére a *Schneider*-ben. Ugyanakkor volt egy fontos különbség. A járdát nem a város, hanem az Egyesült Államok Postaszolgálatát építette és birtokolta.

A kormány azon az alapon védte meg ítéletét, hogy az adománygyűjtés akadályozta a rendes forgalmat a járdán (a ki- és bemenetet a postára), így gátolva a Postaszolgálatot abban, hogy megvalósítsa fennrenn hirdetett programját munkájának hatékonnyá tételére. E magyarázatra három válasz érkezett. Az ellenzők, akik Brennan bírón keresztül fogalmazták meg ellenvetésüket; ő az egyik utolsó véleményében kifejtette, hogy jóllehet az állam hatékonyság iránti igénye legitim, ez az ok elégtelen a szabad szólás korlátozásának igazolására. Az ellenzők hűek voltak a *Schneider*-esethez. A második választ Kennedy bíró vezette elő párhuzamos véleményében. Érvelésében fenntartotta a vádat az aktivisták ellen azon az alapon, hogy a közlekedés biztosításának érdeke minősíthető „lényeges”, „jelentős” vagy „nagy súlyú” érdeknek a *Vincent* logikáját követve (elvégre az csaknem bármire igaz lehet).³³

A harmadik és legmegdöbbentőbb választ O'Connor bíró fogalmazta meg a bíróság többségi véleményében; e válaszban jelenik meg leglátványosabban a szabad szólás veresége. O'Connor, csakúgy, mint Kennedy, helyben hagyta a kormány intézkedését, de Kennedytől eltérően nem az arányos kiegyensúlyozás tesztjét alkalmazta, és nem vizsgálta a kormány érdekének meglétét más, a közepes vagy a szigorú mérce szerint sem (*intermediate and strict scrutiny*). A kormánytól csupán jogos érdek felmutatását várta, és ebben az esetben a szabad átjárás biztosítása bőségesen elegendőnek bizonyult e kritérium teljesítésére. O'Connor leszögezte, hogy az állami érdeknek nem kell „kényszerítőnek”, „jelentősnek”, „lényegesnek” vagy „nagy súlyúnak” lennie. Ehelyett kijelentette, hogy a kormány intézkedését csak „indokoltságuk tekintetében kell megvizsgálni”,³⁴ ami alatt ő csak annyit értett, hogy a járda szabaddá tételéhez fűződő kormányzati érdeknek jogosnak vagy elfogadhatónak kell lennie.

O'Connor véleményében a kérdéses, szólásnak minősülő cselekvést (adománygyűjtés) nagy terjedelemben tárgyalta, melyből úgy tűnik, hogy az előtte lévő ügyet elkülönítette a *Schneider*-től azon az alapon, hogy az adománygyűjtés más szólásnak minősülő cselekvésnél, mint például a szórólapozás, jobban zavarja a

³³ Uo. 738–739

³⁴ Uo. 727. Később O'Connor bíró elfogadta a védelemnek a bevett doktrínához kapcsolódó érvét, miszerint az adománygyűjtés megtiltása nem a legkevésbé korlátozó eszköz volt a Postaszolgálatnak a hatékonysághoz fűződő érdekei érvényesítésére. Ugyanakkor azonnal megszakította az efféle vizsgálódásokat, megtagadván a felsőszintű felülvizsgálat (*strict scrutiny*) minden formáját vagy az arányos kiegyenlítés tesztjét: „Ha akár még szűkebbre szabott szabályozásokat is kellene életbe léptetni, a Postaszolgálat csak elfogadható szabályozásokat köteles bevezetni.” Uo. 735–736.

gyalogos járda forgalmát.³⁵ En kételekedem e megkülönböztetés ténybeli megalapozottságában. Az természetesen igaz, ahogy O'Connor megjegyezte, hogy a gyalogosnak meg kell állnia, hogy meggondolja, ad-e adományt, am ugyanaz elmondható a szóróláposzánál vagy akár egy szónoklat esetében a gyalogosnak lehet még azt is meg kell állnia, hogy előlvasson vagy meghallgasson valamit. Am akár még azt is fenntartva, hogy az adománygyűjtés nagyobb zavart okoz, mint a szóróláposzás, attól még nem kell átalaktatni és leszállítani a felülvizsgálat szintjét, hanem, mint azt Kennedy gondolta, mindössze annyi a teendő, hogy felső- vagy középszintű felülvizsgálati mércét kell alkalmazni, mely megkívánja, hogy az állam lényeges érdeket mutasson fel. Ugyanakkor O'Connor véleménye nyomán visszaautastították az arányos kiegyenlítés tesztjét vagy bármely más felülvizsgálati eljárást, mely rendelkezés nem a meghatározott fajta, szólsnak minősülő cselekvésre vonatkozó (adománygyűjtés), hanem a járda, azaz a beszéd helyszíneit szolgáló terület tulajdonlasi szerkezetére.

Roberts bíró funkcionális szempontból közelített a tulajdon kérdéséhez. Őt nem érdekelt, hogy kinek a neve szerepel az illető terület tulajdoni lapján; tulajdonképpen egyáltalán nem játszott szerepet a *Schneider*-ben adott elemzésben az, hogy ki volt a járda tulajdonosa. Elhelyett ő megértette, hogy mire van a politikai aktivitásoknak szükségük ahhoz, hogy gyűjtéseiket reklámozandó vagy nézeteket bemutató eljélek a publikumot, és a szóróláposzást a járda tükéletesen ésszerű eljárásnak tekintette e célkitűzés eléréséhez. A közönség használta a járdát, és a szólsnak minősülő tevékenység nem akadályozta lényegesen vagy túlságosan a szóban forgó fizikai hely rendelkezésszerű használatát. A szóls gyakorkolása összeegyeztethető volt a tér használatával.

E funkcionális megközelítés uralta az efféle kérdésekben hozott ítéleteket a háború előtti időszakban, és jócskán szerepet játszott abban a nagylelti védelemben, amelyet a Warren-testület a nyilvános tuncitések számára nyújtott az emberi jogi mozgalmak korában. A testületek bírái mindig érzékenyek voltak az okozott félfordulás mértékére - valójában, ha a rend és a szabad és nyílt vita által képviselt értékek mértékét meg egyúttal szemben, olykor megosztottak voltak abban, hogyan kell megállapítani az egyensúlyt. Ugyanakkor lényegében semmilyen figyelmeztetést nem szenteltek a tulajdonviszonyok kérdésének ezen eljárások során. Nem

³⁵ E javaslatot megértette O'Connor állásfoglalásában az *International Soc'y for Krishna Consciousness v. Lee* ügyben, 112 S. Ct. 2701 (1992) és a *Lee v. International Soc'y for Krishna Consciousness* ügyben, 112 S. Ct. 2709 (1992), melyekben támogatja a New York körzetében lévő repülőterek való adománygyűjtések tilalmát, am ellene szavazott annak a javaslatnak, amely a repülőtereken tiltani akarta a szóróláposzást. Lásd: 112 S. Ct. 2711, 2715 (O'Connor bíró, párhuzamos vélemény); lásd a 44. és 47. lábjegyzeteket. Kennedy bíró szintén megosztotta véleményét hasonló módon, am mint a *Kokind*-ban, alkalmazta a középszintű felülvizsgálati normát 112 S. Ct. 2711, 2724 (Kennedy bíró, párhuzamos vélemény).

mellesleg, amikor a Legfelső Bíróság 1968-ban egy magánterületen egy bevásárlóközpontban – történt, szólásnak minősülő cselekvést részesített védelemben, azt ugyanazon indok alapján tette, mint amikor államilag birtokolt területen, utcákon és járdákon történő szóláscselekvéseket védett.³⁶

Az 1970-es évek elején az újjáalakult Legfelső Bíróság szakított ezzel a hagyománnyal és elemzéseinek középpontjába a tulajdonjog kérdését helyezte. Az állami cselekvés kötelezettségének (*state action requirement*) leple alatt a Legfelső Bíróság magántulajdonban lévő intézményeket – bevásárlóközpontokat és plázákat – zárt el szólásnak minősülő cselekvések elől.³⁷ Csak állami tulajdonban lévő területet lehetett nyilvános fórumnak tekinteni. Bizonyos értelemben az államnak kétszer kellett megjelennie: mint az intézmény, amely csendet rendel el, és mint az intézmény, mely érvényt szerez az elhallgattatásnak. A Legfelső Bíróság csak akkor kezdte a *Schneider* kiegyenlítő módszerét vagy a későbbi esetekben a többlépcsős vizsgálatokat alkalmazni, ha megbizonyosodott arról, hogy a kérdéses, szó-lásnak minősülő cselekvés állami területen valósult meg.

Első ránézésre úgy tűnik, hogy a *Kokinda* beszélői könnyedén teljesíthetik ezen új feltételeket, mivel a járdát a vélhetően probléma nélkül állami intézménynek tekinthető Postaszolgálat építette és birtokolta. A Postaszolgálatnak monopóliumközei hatalma van, közpénzből kap forrásokat, és az állam a hatalom számos formáját ruházta rá. Technikailag inkább működik állami vállalatként, mint kormányhivatalként, de vezető testületének tagjait az Elnök nevezi ki. O'Connor bíró nem vitatta a Postaszolgálat állami státusát; ehelyett teljesen más stratégiát választott. Úgy döntött, hogy szétdarabolja az államot. Mintha csak a Reagan-évek privatizációs retorikája ragadta volna magával, O'Connor úgy érvelt, hogy a politikai aktivisták eltávolításával az állam csak „tulajdonosi minőségében” cselekedett, csak úgy, mintha egy magáncég vagy egy magántulajdonos tette volna azt. O'Connor szerint a Postaszolgálat azért igyekezett szabaddá tenni a járdát, hogy így biztosítsa a szabad bejárást az épületbe, ahol különféle szolgáltatásokat és árucikkeket ajánlott ügyfeleinek.

O'Connor elemzésében alapvető fontosságú az a különbségtétel, amelyet az állam egyes lehetséges cselekvési módjai között tett. E módszer igazolásaként idézte a *Lehman v. Shaker Heights* ítéletét³⁸ az 1970-es évek elejéről, melyben a testület Blackmun bíró által megfogalmazott véleményében helyben hagyta egy önkormányzat azon intézkedését, mellyel megtagadták, hogy a helyi buszokon politikai

³⁶ Lásd. *Amalgamated Food Employees Union v. Logan Valley Plaza*, 391 U.S. 308 (1968).

³⁷ Lásd. *Hudgens v. NLRB*, 424 U.S. 507 (1976); *Lloyd v. Tanner*, 407 U.S. 551 (1972). Lásd általában *Moose Lodge No. 107 v. Irvis*, 407 U.S. 163 (1972) – fenntartja, hogy a faj diskriminációt megvalósító magánklub működési engedélye (*liquor license*) nem áll összhangban a Tizennegyedik Alkotmánykiegészítésben foglalt állami kötelezettségekkel.

³⁸ 418 U.S. 298 (1974).

hirdetések elhelyezése céljából felületet lehessen vásárolni. A *Lehman*-ban a bíróság úgy találta, hogy a helyi kormányzat ekkor „kereskedői minőségében” cselekszik, és ilyen cselekvőként kevésbé szigorú szólásszabadság-mértéknek kell rá vonatkoznia. Kétségtelen, hogy találni a *Lehman*-ban az állam szétválasztásának elméletét támogató nyelvezetet, ám e megközelítés valódi forrása Rehnquist bíró, aki az elmúlt évben úgy érvelt, hogy „a kormány mint szuverén szerepe szigorúbb korlátozások alá esik, mint amikor mint munkaadó, ingatlan tulajdonos vagy oktató cselekszik”.³⁹

Rehnquist eredetileg egy magányos különvéleményben javasolta ezt az elméletet. A *Kokinda*-ban elméleté elnyerte a testület derekhadának támogatását, nem csupán ő maga és Scalia volt e véleményen, de White és O'Connor bírók is támogatták azt. Majd mindössze két évvel a *Kokinda* után, közvetlenül Brennan és Marshall bírók nyugaljába vonulását követően az állam „szétválasztásának” elmélete lelt a többségi doktrína a testületben. Ez egy olyan esethez köthető, mely New York közzetének három nagy repülőterét is érintette.⁴⁰ A Brennan felváltó David Souther teljesen elutasította ezt a doktrínát, ragaszkodva ahhoz, hogy a Legfelső Bíróságnak „minden állami tulajdonban lévő területet nyilvános fórumnak kell tekintenie, ha az fizikai természetét tekintve »megfelel eszmecsere céljára«; ahol az eszmék kifejezése »kompatibilis« azzal a használattal, melynek céljából az illető területet létrehozták.”⁴¹ A Marshall felváltó Clarence Thomas bíró azonban csatlakozott a *Kokinda* többségét alkotó négy bíróhoz, és így a többség öt fővel támogatja, hogy a szétválasztási elmélet segítségével tartásuk fenn az adománny-gyűjtésre vonatkozó tilást a három repülőteren.

A kérdéses repülőtereket a Kikötői Hatóság (*Port Authority*) nevű kormányzati szervezet bíralkolta és üzemeltette. Ahogy Rehnquist bíró, a testület többségi véleményének szerzője írta: „A repülőterek általában hozzáférhetők a közönség számára és területükön különféle kereskedelmi célú létesítmények találhatóak, mint éttermek, büfék, bárók, tyúkosok és különféle boltok.”⁴² Egy másik, párhuzamos véleményben O'Connor bíró hozzátette: „Véleményem szerint a Kikötői Hatóság beavatkozózpontot és repülőteret egyaránt működtet.”⁴³ Mindazonáltal csatlakozott a többi négy bíró, Rehnquist, White, Scalia és Thomas csoportjához, így többséget alkotva megtagadták, hogy legmagasabb szintű felülvizsgálatra utalják a Ki-

³⁹ *Board of Educ. v. Pico*, 457 U.S. 853, 920 (1982) – Rehnquist bíró, különvélemény. Lásd FCC v. *League of Women Voters*, 468 U.S. 364, 405 (1984). Rehnquist bíró, különvélemény. *First Nat'l Bank v. Bellotti*, 435 U.S. 765, 823–25 (1978). Rehnquist bíró, különvélemény. Lásd még *Regan v. Taxation with Representation*, 461 U.S. 540, 544 (1983), *Krust v. Sullivan*, 500 U.S. 173 (1991).

⁴⁰ *International Soc'y for Krishna Consciousness v. Lee*, 122 S.Ct. 2701 (1992).

⁴¹ Uo 2724

⁴² Uo 2704.

⁴³ Uo 2713

kötői Hatóság adománygyűjtést tiltó intézkedését. Magyaratzként Rehnquist így fogalmazott: „Amikor az állam belső működését igazgatva tulajdonosként, és nem pedig szabályozói vagy engedélyező hatalmával élve, törvényhozóként cselekszik, akkor ebbéli tevékenysége nem részesül olyan alapos figyelemben, mint ami törvényhozói minőségében hárul rá.”⁴⁴

E javaslat támogatásaként Rehnquist a *Kokinda* többségi véleményéből idézett (hogy így teljes legyen a kör). De nem kínált fel – sem ebben az esetben, sem máskor – elvi alapokra helyezett védekezést az állam szétDarabolását javasoló elmélete érdekében. Még csak megközelítőleg sem. Természetesen az állam sokféle módon működik, azonban ez nem jelenti azt, hogy kevésbé lenne állam, amikor egy bizonyos szerepben tevékenykedik és nem egy másikban. Még akkor is, ha az állam a munkaadó, a birtokos, az oktató áruhájában cselekszik, ebben a minőségében is a közösség eszköze marad, és éppen emiatt élvez különleges előjogokat és felelős bizonyos kötelezettségek elvégzéséért, beleértve azokat, amelyek az alkotmányból hármlanak rá.

Rehnquist és O'Connor bizonyos mértékig elfogadta ezt az álláspontot, de csak egy minimális engedmény erejéig – nevezetesen annak elismeréséig, hogy amint azt O'Connor mondta a *Kokinda*-ban: „a kormány, még akkor is, amikor tulajdonosi minőségében cselekszik, nem teljesen mentes az Első Alkotmánykiegészítés által rá rótt megkötésektől.”⁴⁵ Az állam cselekvésének kell hogy legyen indoka, még-hozzá jó indoka kell hogy legyen, azaz nem olyasmi, ami illegitim vagy az állam számára tilos. Természetes módon merül fel a kérdés, hogy mik lennének e tilos körülmények. Válaszképp O'Connor úgy fogalmazott, hogy a törvény nem lehet mindössze „valamely vélemény elnyomására irányuló erőfeszítés, csupán azért, mert egyes közhivatal-viselők ellenzik a beszélő álláspontját”.⁴⁶

⁴⁴ A testület többségét alkotó öt bíró ugyanezt a felpuhult vizsgálati normát alkalmazta a Kikötői Hatóságnak a röplapozást tiltó rendelkezése kapcsán, de közülük csak négyen – Rehnquist, White, Scalia és Thomas – találták ezt kielégítőnek. O'Connor szembehelyezkedett társai véleményével. Míg az adománygyűjtést tiltó rendelkezés mércéjéül állított puha normát kielégítőnek találta, úgy döntött, hogy a repülőtereken való röplapozást tiltó pártuzamos rendelkezés „fenntartása nem indokolható ebben az esetben.” 112 S. Ct. 2713. O'Connor bíró elfogadta a szeméttel kapcsolatos indokot a Schneiderben, de azt csak a szabályozás egy lehetséges magyarázataként jellemezte. (Uo. 271.) Ismételtén hangsúlyozta: „Jelen esetben a Kikötői Hatóság nem mutatott fel a szórólapozás tiltására szolgáló független indokot, és a jegyzőkönyv nem tartalmaz olyan információt, melyből levezethető lenne a tiltás.” (Uo.) Rehnquist és a másik három bíró ezt a magyarázatot nem találta kielégítőnek; Rehnquist a zsúfoltságról és a késésről beszélt, és lényegében azt sugallta a Kikötői Hatóságnak, hogy térjen vissza a bíróságra egy gazdagabb példagyűjteménnyel, mellyel igazolható a tiltás fenntartása *International Soc'y for Krishna Consciousness v. Lee*, 122 S. Ct. 2709, 2710.

⁴⁵ *United States v. Kokinda*, 497 U.S. 720, 725 (1990)

⁴⁶ Uo. 730 – idézi *Perry Educ. Ass'n v. Perry Local Educators Ass'n*, 460 U.S. 37, 46 (1983).

Ez az engedelmény tilkozi a kategorizáló megközelítés azon esetekben alkalmazandó speciális szabályokat, amikor az állam a szólás tartalmát szabályozza; ezzel együtt a *Kokinda* többségi véleménye aggasztó marad. Elismerem, hogy a Postaszolgálatra olyan korlátozó szabályok vonatkoznak, amelyek egy tisztán magánvállalkozásra nem alkalmazhatók, ám e korlátozás lényegesen kisebb, mint amit Milwaukee-ban a *Schneider*-ben vagy akár Los Angelesben a *Vincennes*-ben stílettek. Ebben az esetben az államnak nem kénszerítő vagy lényeges okot kell találnia a cselekvéséhez, csak egy jó okot. A mércék e különbsége szakt a precdens érvényesülésével, és minthogy az állam majdnem mindig talál majd valamilyen elfogadható indokot cselekvéséhez, a *Kokinda* felpuhított normája megfosztja az Első Alkotmánykiegészítést kénszerítő erejének javától.⁴⁹ Az állam nem hivatkozhat egyszerűen arra cselekvése indokolásaként, hogy az illető elkövetkezéssel nem ért egyet, ám emellett még rengeteg eszköz áll rendelkezésére ahhoz, hogy egy tiltást megindokoljon.

Ebből a szemsszögből nézve a *Kokinda* a *Schneider*-nek egy különösen pusztító, még a *Vincennes* is pusztítóbb újragondolását valóstíja meg. Az eset kiáll azon javaslat mellett, hogy amikor az állam csendet követel a tulajdonában álló területen – és így tulajdonosi minőségében cselekszik –, e cselekedete ne legyen tárgya sem az arányos kiegyenlítés tesztjének, sem más speciális vizsgálatnak. Teljesen tisztában lévén azzal, amit csinalt, O'Connor bíró megígérte, hogy az állam cselekedeteit még akkor is speciális vizsgálat elé fogja állítani, amikor az „tulajdonosi minőségben” cselekszik, ha a) az állami tulajdon „hagyományosan” nyitva áll a közönség előtt, hogy ott önköltejező tevékenységet folytassanak vagy b) az állami tulajdon „kimondottan szólás jellegű cselekményekre szánták”.⁴⁸

E két kivétel egyike sem vonatkozott magára a *Kokinda*-ra. A kormány a múltban engedélyezte az adománnygyűjtést a járdán, de egy évtizeddel korábban ezen intézkedését megváltoztatta; még az előtt, hogy az eset alapját képező konfliktus kitört volna. Ennek megfelelően O'Connor azt a következtetést vonta le, hogy a járdát nem kimondottan szólás-cselekvés céljára szánták, és így a második kivétel

„A Kikötői Hatóság esete ezen általamostas alól kivételnek tűnik, minthogy O'Connor bíró, a *Kokinda* püha mércejének alkalmazásával végülis alkotmányellenesnek találta a repülőter szórdlapozas tiltását. Lásd fenn 44. Minthogy a többi bíró nem támogatta döntését, nem világos, hogy ez a helyzet a Kikötői Hatóság stratégiájában hibaának közönséges, annak a hibaának, hogy nem szolgáltatott kórtét egy jó indokot sem a tiltásra, és nem szolgáltatott megfelelő mennyiségű, a tiltást alátámasztó kórtét példával, esettel sem. Vagy pedig annak, hogy O'Connor bíró esedeg egy új vizsgálati szintet hozott létre nevezhető talán félkeménynek, mely valahol a püha és a közönséges felülvizsgálati norma között helyezkedik el. Talán utólag megmondotta magát a *Kokinda*-val kapcsolatosan, és így skarta megmutatni, hogy jóllehet a szórdlapozás tiltásához nem kell sem kénszerítő, sem lényeges indok, mégis, az indoknak súlyosabbnak kell lennie az „elfogadhatónál”.”

„*Kokinda*, 497 U.S. 726.

nem vonatkozik az esetre. Sőt mi több, jóllehet a múltban a járda nyitva állt a közönség előtt, hogy ott önkifejező cselekvéseket végezzenek, de ez nem volt mindig így. Ez utóbbi tény alapján O'Connor úgy döntött, hogy a tradicionális tevékenységekre vonatkozó első kivétel sem érvényesül ezen esetben. O'Connor a „hagyományosan” kifejezést sajátos módon értette; olvasatában itt azt jelentette, hogy „mindig”.

A *Kokinda*-döntésbe foglalt két korlátozás, olybá tűnik, a precedensnek vagy annak a kitüntetett helynek szóló engedmény, melyet az utcasarok (ezúttal szó szerinti értelemben) az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos ítélezési gyakorlatban elfoglalt a *Schneider*-döntés, és egy másik Roberts-féle vélemény, a *Hague v. CIO* ügy⁴⁹ óta. Ugyanakkor nehéz úgy tekinteni e kivételekre, mint amelyeket az alkotmány helyes értelmezése indokol. Miért kellene az Első Alkotmánykiegészítés szigorúságának meghajlania a közönség hagyományai vagy az állam korábbi döntései előtt azzal kapcsolatban, hogy mit tekint a szabad szólás számára megfelelő helyszínnak? E kivételek afelé terelik az alkotmányt, hogy vagy kodifikálja a tradíciót, vagy pedig hogy az állam korábbi elkötelezettségeihez alkalmazkodjon, ám én éppen ellenkezőképpen képzelem az alkotmányt: az állam előjogainak korlátjaként, és a közösségi tradíciók kritikai vizsgálatának alapjaként.

Függetlenül e kérdés elméleti hozadékaitól, kérdésesek a *Kokinda* e két kivételének gyakorlati következményei is. E kivételek révén talán nyitott marad a régi, jól ismert utcasarok, ám az új típusú nyilvános helyeket, például egy kormányzati épületegyüttest vagy egy repülőtérrel azok nem védik, és így megnehezítik a politikai aktivisták dolgát abbéli erőfeszítésükben, hogy elérjék a közvéleményt. Manapság egyre kevesebb járókelő sétál a régi, ismerős utcasarkon, a város utcái elnéptelenednek. Nyilvánvaló, hogy a közvélemény jelentős része a belvárosi plázákban vagy a kertvárosi bevásárlóközpontokban fellelhető, különösen szombat délelőttönként. Ám minthogy a közélet e helyszínei magántulajdonban vannak, sokkal inkább, mint a Postaszolgálat járdája vagy mint a Kikötői Hatóság repülőtere, a *Kokinda*-eset vezérlő logikája az Első Alkotmánykiegészítés hatáskörén messze kívül helyezi e helyszíneket. Mi marad akkor a szabad szólásnak?

⁴⁹ 307 U.S. 496 (1939).

Az olyan esetekben, mint a *Vinceni* és a *Kokinda*, a Legfelső Bíróság visszavonult a *Schneider* és a polgártörzsi küzdelmek korzaka idején kialakított, az utasarkot a szabad szolás számára biztosító pozíciójából. Attéle kárpótlásként megértőltette alkotóelemezetséget a tartalomsszabályozással szemben. Míg a *Vinceni*ben a tesületi többség csak azt követele meg az államtól, hogy „jelentős” érdeket vonulasson fel a korlátozás mellett, és ezt a feltételt elég könnyen teljesíthetőnek ítélte, mindazonáltal leszögezte, hogy a tartalom alapján történő szabályozásnak csak „kényszerítő” érvényű állami érdek lehet az alapja. A tartalom alapuló szabályozással kapcsolatban hasonló álláspontot fejtett ki O'Connor bíró véleményében a *Kokinda*-ban: az állam sosem hivatkozhat cselekedetnek védelmében tartalmi okokra vagy arra, hogy elutasítja a beszélt nézetet, még akkor sem, ha „tulajdonosi minőségében” cselekszik.

Ei kell ismerni, hogy a tartalom alapuló szabályozás elleni kiállítás hozott néhány figyelemreméltó győzelemmel a szólásszabadságnak a Rehnquist-testület időszakában. Nyilvánvaló, hogy nem korlátozzák a tartalomsszabályozást tiltó szabályok az államot akkor, amikor az elosztási szerepben tevékenykedik – például amikor támogatásokat íté meg³⁰, de amikor szabályozási feladatokat végez, akkor nem megengedették számára tartalmi alapú eljáráások. Az ilyen ügyek talán legjobb példái a zászlóégetési esetek.³¹ Ezen felül a bírásokodás által gyakorolt cenzúra is korlátok között maradt, amikor a hagyományos tartalomsszabályozási kategóriákhoz kötődő esetek, mint az obszcenitás, a fágalmazás vagy a fellorogtatásra történő uszítás kerültek terítékre.³²

Felmerül a kérdés, hogy a tartalomra irányuló szabályozás elleni kiállítás vajon manapság éppen olyan szilárd-e, mint volt a múltban, tekintve, hogy az elmúlt évek nagy szólásszabadság-győzelemeiben kulcsszerepet játszó Brennan, Marshall

³⁰ Lásd az 5. fejezetet.

³¹ *United States v. Eichman*, 496 U.S. 310 (1990); *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989).

³² Lásd KATVBN *A North Tradition* (14. j.), 3 298. – a Warren-testület tartalomsszabályozással

kapcsolatos örökségének összekapcsolása és méltatása

és Blackmun bírák nyugállományba vonultak. A tartalomra irányuló szabályozás tiltásának elégségesége egy ennél is fontosabb kérdés; és bármennyire szilárd vagy szükséges is a tartalomra irányuló szabályozást kizáró előírás, álláspontom az, hogy önmagában nem elegendő. A hozzáférés-korlátozás elleni védelem éppoly alapvető eleme a szabad szólás rendszerének, mint a tartalomra irányuló szabályozással szembeni védelem.

A Legfelső Bíróság számos alkalommal kinyilvánította, hogy nincs olyan, hogy téves gondolat.⁵³ E kinyilatkoztatásban rejlő érzület a tartalmon alapuló szabályozást tiltó szabály alapja, és az nagyrészt ettől olyan vonzó. A közügyek megvitatásából nem lehet semmilyen véleményt kizárni. A hozzáférés korlátozásai nem címkéznek gondolatokat tévesnek, és ily módon elkerülik a tiltó szabályt, ám mindazonáltal meghatározó hatást gyakorolnak a közéleti kérdések megvitatásának természetére. Az efféle szabályozás a beszéd lehetőségét korlátozza, és mint hogy a társadalom különböző csoportjai nem rendelkeznek egyforma beszédlehetőségekkel, egy lehetőség – az utcasarok korlátozása előnyhöz juttathat egy csoportot egy másikkal szemben.

A beszélők különböző kedvezményezése mellett a hozzáférés-szabályozás oly módon is hat a közéleti kérdések megvitatásának természetére, hogy meghatározza, mit hallhat vagy láthat a közvélemény. A legelszántabb polgár természetesen aktív módon utánajárhat véleményeknek, alaposan megismerheti azokat, függetlenül attól, hogy hol és hogyan hozták őket nyilvánosságra. Ugyanakkor butaság lenne az eszmék után szaladgáló állampolgár példáját társadalmunk vagy bármely működő modern demokrácia meghatározó viselkedési normájának tekinteni. A demokratikus értékek tisztelete megkívánja, hogy minden vélemény könnyen hozzáférhető legyen, ilyen hozzáférés híján a közvélemény nem valószínű, hogy tisztában lehet az előtte álló választási lehetőségekkel vagy azzal, hogy milyen ára van annak a berendezkedésnek, amelyben jelenleg él.

Ha választani kellene a szabad szólás két szabálya közül – az egyik a hozzáférést, míg a másik a tartalmat szabályozza –, nem látom tisztán, hogy mi alapján választanánk, és melyik volna a fontosabb. A hagyományos bölcsesség azt mondatná velünk, hogy a tartalmon alapuló szabályozás tiltása fontosabb. Ugyanakkor kérdéses, hogy a demokrácia értékei szempontjából tényleg előrébb jutunk-e, ha határozott és drasztikus szabályok védelmezik a zászlóégetést vagy az olyan paródiákat, mint amilyen a *Hustler*-esetben⁵⁴ szerepelt, miszerint egy lelkész bevallja, hogy részegen szexuális kapcsolatba került az anyjával egy szufiban; míg azt megengedjük, hogy az állam korlátozza az olyan jellegű politikai megnyilat

⁵³ Lásd például *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 339 (1974).

⁵⁴ *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988).

kozasokat, mint amelyek a *Vincen*-ben vagy a *Kokind*-ban megjelentek. Nem lehetés, hogy egy lépést lepiünk előre és kettőt hátra?

Míg e két szabály jelentőségének összehasonlítása komoly dilemma lehet a demokráciaelmélet számára, szerencsére nem terheli a Legfelső Biróságot. Semmi-lyen módon nem összeegyeztethetetlen, sem logikailag, sem pedig másképp bő kézzel mérni a védelmet a tartalomsszabályozással, és egyúttal a hozzáférés-korlátozással szemben is, mely utóbbi korlátozás csökkenti a közvélemény hozzáférési lehetőségét a fontos közügyekkel kapcsolatos kérdésekhez. Igazából a polgárjogi küzdelmek korszakának példája megmutatja, illetve a történelem arra tanít, hogy mindkét fajta védelem lehetséges e korlátozásokkal szemben, és ezek ugyanarra az értékre a közéleti viták gazdagossága iránti elkötelezettségre vezethetők vissza.

A *Vincen*-ben és a *Kokind*-ban láthattuk ezen elkötelezettség gyengülését — nem, a helyes kifejezés inkább az árulás. A jelenlegi Legfelső Biróság az erőteljes közéleti viták iránti teljes elkötelezettségről beszél, és számtalanszor említi a *New York Times* v. *Sullivan* ezirányú formuláját, azonban, amint az megmutatkozott a médiával kapcsolatos esetekben is, a testület képtelen működni valósságát alakítani e szavakat. A Legfelső Biróság elfogadja, ha a rendőr tenyere elhallgattatja az utcasarkai szónokot, jóllehet nem tud megnevezni semmilyen sürgős indokot az utcasarkot kiűrtő döntése aláírásmaszására. A jelenlegi Legfelső Biróság nem követel meg kényszerítő érdeket olykor még valóságos érdeket sem a beszéd elhallgatgatásához. A Legfelső Biróság felvázolta a felülvizsgálati normákat, és így súlyosan aláásta azokat az értékeket, amelyeket, mint ahogy Roberts bíró méltatta őket, „a szabad emberek által végzett szabad kormányzás fundamentumai”

4.

Szabadság és feminizmus

Az 1980-as évek közepén, ahogy végéhez közeledtek a Kalven-kötellet kapcsolatos tennivalók, egy Első Alkotmánykiegészítés-kurzust indítottam a gazdasági és a politikai hatalom kapcsolatairól, olyan témákat tekintettem át, mint a kam-pányfinanszírozás, az elektronikus média, vagy a politikai aktivisták kiserlete magántulajdonban lévő területek, például bevásárlóközpontok használatára a közvéleményi megszólítandó. A Szabad szólás és társadalmi struktúra, kezdeti erőfeszítés az e kurzusban szereplő számos szerződés területeit összefoglalásdva, természetesen e kérdésekkel foglalkozott (lásd az I. fejezetet).

Az 1980-as évek végén és a korai 1990-es években ezen a kurzuson számos diák-komai kezdte foglalkozni, hogy az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos elméleti alkalmazható-e olyan esetekre, ahol az egyenlőségnek nem gazda-ság, hanem társadalmi alapja van. A jogtudományon végződő radikális femi-nizmus elképzelései által inspirálva közülük sokan úgy vélekedtek, hogy az államnak esetleg lehet szerepe abban, hogy megfigyeljen egy olyan társadalmi in-tervenit – a pornográfia –, amelyről azt tartották, hogy a nemek közötti egyen-lőtlenség fontos forrása. Az én személyes rokonszenvem milyen megosztott volt kedvenc dialógaim között tartom számon Catharine MacKinnont, aki a pornográfia-elleni kampányt kezdeményezte, éppúgy, mint Frank Easterbrookot, aki megállí-totta azt –, és a következő esszé a feminizmus által kellet alkotmányos vitát kíván-já megérteni. Az esszé először Rómában adtam elő 1991-ben egy konferencián, és később a Georgetown Law Journal 1992. augusztusi számában publikáltam.

A feminizmus önmaga nem jogi kategória, ám az 1970-es évek elején egyes amerikai jogászok igencsak kezdtek érdeklődni iránta. E mozgalom résztvevői egyszerre tekintettek a jogra mint megreformálandó dologra, és mint a reform eszközére. Először az volt a fő cél, hogy a nők számára hozzáférhetővé tegyék a hagyományosan férfiak számára fenntartott pozíciókat, és hogy eltöröljék a nyilvánvaló különbségeket közöttük, ahogy a férfiakkal, és ahogy a nőkkel bánt a társadalom. A mozgalom először a megkülönböztetést tiltó elvért szállt síkra, azt követelve, hogy a női és a férfi munkások ugyanazért a munkáért ugyanazt a bért kapják. A korai hetvenes évek az uniszex korszaka volt.

Két fontos változás történt az 1970-es évek végén, mindkettő nagyrészt Catharine MacKinnon nevéhez kötődik. Először is megváltozott az egyenlőség alapjául szolgáló elmélet: a megkülönböztetés elutasításából alávetettség-ellenesség lett. A hátrányos megkülönböztetés elutasításának elve feltételez egy helyzetet, melyben egy különálló döntéshozó szűkösen rendelkezésre álló lehetőséget oszt szét versengő egyének között. E döntés azt kívánja, hogy egy sor funkcionális alapon kiválasztott feltétel legyen a döntés alapja: érdek, és nem a nemek különbsége. Ezzel ellentétben a MacKinnon által javasolt alávetettség-ellenes elv alapja a csoport volt. E megközelítés nem az egyének ellen elkövetett hátrányos megkülönböztetésekre figyelt, hanem bármely olyan társadalmi cselekvésre, mely nőket alávetettségbe taszít, és elítéli a nemek közötti hierarchiának nevezett jelenléte.

Bár az alávetettséget elutasító elv átfedésben van a hátrányos megkülönböztetés elvével, az előbbi nagyobb területre terjed ki, ugyanis megmutatja, hogy a nemek közötti különbségre alapított társadalmi hierarchia nem pusztán az egyén szintjén végbemenő, önkényes szelekciós folyamat eredménye. Számos, olykor egymástól igen távol eső társadalmi gyakorlat és norma felelős a hierarchiáért. Például a legtöbb társadalomban általában a nőktől várják el, hogy gondját viseljék a gyerekeknek, minek következtében a nők otthon maradnak, és így hátrányba kerülnek az oktatás területén és a munkaerőpiacon. Ez a társadalmi szokás nem vezethető vissza egy meghatározott döntéshozó hatalomra, és a megkülönböztetésellenes elv hatókörén kívül eshet, de az alávetettség-ellenes elvén nem; amelynek a szokás bírálata és az állami gyermekfelügyeleti és a szülői gyermekgondozási rendszerek elméleti alapjainak kidolgozása a feladata volt.

Másodszor, miközben az 1970-es évek végén az amerikai feminizmus alapkérdése a hátrányos megkülönböztetésellenességből az alávetettség-ellenesség lett, a jog egyre kitüntetettebb figyelemben kezdte részesíteni a szexualitást. Az 1970-es évek elején a feminista jogászok többnyire olyan közéleti ügyeket vizsgáltak, mint az egyetemi felvételi szabályok és az álláshoz jutás kérdései. Az évtized végére ugyanakkor kritikájukat egyre inkább a szexuális kapcsolatokra összpontosították. A fő probléma számukra a nők tárgyiasítása volt: a nők átváltoztatása férfias használatra szánt szexuális tárgyakká. Jó és elégséges indok volt a tárgyiasítás fölötti aggodalomra önmagában, hogy az az alávetés egy formájaként értelmez-

heő, azonban az olyan feministák számára, mint MacKinnon, az efféle cselekvések nem korlátozódtak a magánszférára, hanem nyilvánosság-kérdésként is fontosak voltak. A tárgyasítás, ahogy a hipotézis szól, olyan társadalmi gyakorlatok és értékek létrehozatalára és fenntartására indítja a férhakat, melyek kizárják a nőket a nyilvános közletről, vagy alárendelt helyzetben tartják őket az oktatás és a munkaeöpiac területén.

A tárgyasítással mint az egyenlölenséggel egy formájával és egyben okával kapcsolatos növekvő aggodalom még a legközönségesebb heteroszexuális kapcsolatra is a gyantú ármékát vetette, de a MacKinnonhoz hasonló reformfeministák egy szűkebben meghatározott területre koncentráltak. MacKinnon célpontjai a munkahelyi szexuális zaklatás, a prostitúció, a nemi erőszak és a pornográfia voltak. E kérdések közül a pornográfia váltotta ki a legnagyobb vitát. Az általa és Andrea Dworkin¹ által kezdeményezett pornográfiaellenes kampány megosztotta a feministá mozgalmat, és sok szövetségüket is megriasztotta.² A kampányt egyesek elvesztegetett erőfeszítésnek tartották, mások azon az alapon ellenézték, hogy a szexuális új ortodoxiáját hozza létre, és megint csak mások talán a többség azért kifogásolták, mert ellentétnek gondolták a szólásszabadsággal. 1985-ben egy szövetség felbontott a MacKinnon és Dworkin által szervezett és Indianapolisban (Indiana államban) egy évvel korábban bevezetett általaos pornográfiaellenes rendeletről alkotmányellenesnek ítélté.³

Az amerikai történelemben mindig is mindennaposak voltak a pornográfiaellenes kampányok. Ezek többsége konzervatív ideológián és vallásos erölleten alapult. Az indianapolisi rendelet abban különbözött e korábbi intézkedésektől, hogy annak kiindulópontja a feministá mozgalmat meghatározó egalitáriáus eszmé volt. Nem a szexuális tartalmak morálisan sértő jellegét hangsúlyozta e szabályozás, hanem azt, hogy a nők alávetettségének erotikus módon való megjelenítése milyen más jelenségekkel kapcsolódik össze, hogy e tartalmak milyen szexuális

¹ Lásd általában Andrea Dworkin: *Catharine A. MacKinnon: Pornography and Civil Rights*

A New Day for Women's Equality, *Organizing Against Pornography*, 1988, Catharine A. MacKinnon, *Only Words*, Harvard University Press, 1993, Catharine A. MacKinnon: *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, 1989 [a továbbiakban: MacKinnon: *Feminist Theory*], Catharine A. MacKinnon: *Francis Biddle's Sister: Pornography, Civil Rights, and Speech*, In: Catharine MacKinnon: *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, 1987

² Lásd például Alice Echols: *The Taming of the Id: Feminist Sexual Politics*, 1968-83. In: *Carole S. Vance (szerk.): Pleasure and Danger, Exploring female sexuality*, Routledge & K. Paul, 1984, 50, Ellen Willis: *Feminism, Moralism, and Pornography*, In: Ann Barr Snitow, Christine Stansell, Sharon Thomas: *Powers of Desire: The Politics of Sexuality*, Monthly Review Press, 1983, 460. Lásd még Nan D. Hunter - Sylvia A. Law: *Brief Amici Curiae of Feminist Anti-Censorship Taskforce et al*, *American Bookellers Ass'n v. Hudnut*, 21 *University of Michigan Journal of Law Reform* 69 (1987), *American Bookellers Ass'n v. Hudnut*, 771 F.2d 323 (7th Cir. 1985), megérvelés per curiam, 475, U.S. 1001 (1986)

támadásokat eredményeznek, és végül hogy milyen kényszerítő folyamatokkal jár e tartalmak előállítás és terjesztése. Dworkin és MacKinnon emberi jogi intézkedésként terjesztették elő ezt az indianapolisi rendeletet.

Mint emberi jogi intézkedés, az indianapolisi rendelet a Tizennegyedik Alkotmánykiegészítésre, illetve annak az egyenlőséget szavatoló rendelkezésére hivatkozik. A rendelet az egyenlőséget elősegíteni kívánó eszköznek tekinthető, és mint ilyen, alkotmányos célokat szolgál. Egyesek védelmükbe vették az indianapolisi rendeletet és más hasonló intézkedéseket pontosan ugyanezen indokolás alapján,⁴ azonban ez az indokolás nem tűnt teljesen kielégítőnek. Nem tűnt úgy, hogy a javaslat fel tudta volna oldani a szokásos konfliktust a szabadság és az egyenlőség között, és nem volt egyértelmű, hogy melyik érték az erősebb ebben az esetben. Ha a rendelet elősegíti is az egyenlőséget, még sértheti az Első Alkotmánykiegészítést. Mindamellett képesek lehetünk arra, hogy fel tudjuk oldani e vitát anélkül, hogy az alapvető elvek – az Első kontra a Tizennegyedik Alkotmánykiegészítés, szabadság kontra egyenlőség – ellentétével kelljen foglalkozni, ha ehelyett egyszerűen egy másik kérdésre összpontosítunk: sértette-e valójában az indianapolisi rendelet a szólásszabadságot.

E kérdés megválaszolása során fontos, hogy ne ismételjük meg a fellebbviteli bíróság ítéletét megszövegező Easterbrook bíró eljárását. Ő a rendeletet egy egységet alkotó egészként kezelte, és utasította el a bíróság nevében. Valójában a rendelet körültekintő módon négy különböző törvénysértést állapít meg, és ezek mind-

⁴ Lásd például MACKINNON: *Only Words*. Harvard University Press, 1993. 91–97

⁵ A 16–15 szakasz törvénybe iktatózónak minősíti a § 16–3(g) alatt felsorolt diszkriminatív gyakorlatokat, beleértve a alábbi, pornográfiával kapcsolatos jogsértéseket:

(4) Pornográfia terjesztése. Pornográfia előállítása, forgalmazása, közszemlencé tétel, terjesztése. ...

(5) Pornográf cselekedetre való kényszerítés. Bármely személy – beleértve a férfiakat [vagy] transznemű személyeket – kényszerítése, megfélemlítéssel vagy megfélemlítéssel történő rábízása pornográf cselekedet végrehajtására, mely sérelem efféle cselekvést tartalmazó bármilyen termék megjelenése vagy forgalmazása időpontjában valósul meg. ...

(6) Pornográfia rákényszerítése bármely személyre: Pornográfia rákényszerítése bármely nőre, férfira, gyermekre vagy transznemű személyre, munkavégzés bármely helyszínén, az oktatásban, otthon vagy nyilvános helyen.

(7) Pornográfia következtében megvalósuló támadás vagy fizikai erőszak. Meghatározott pornográf tartalom közvetlen hatásaként megvalósuló, bármely nőt, férfit, gyermeket, transznemű személyt érő támadás vagy fizikai erőszak vagy sérülés.

Indianapolis és Marion megye, Indiana állam, Városi és megyei rendelet No. 35 § 1, § 16–3 (1984. június 4.) (a továbbiakban: Indianapolis rendelethe). A 16–26(d) paragrafus megengedi a az esélyegyenlőségi tanácsadó testületnek, hogy a cselekvést megszüntetendő felszólító határozatot hozzon minden olyan személlyel szemben, aki törvénytelen diszkriminatív cselekvést hajt végre, és hogy kártérítést állapítson meg azon személyek számára, akik a Törvénykönyv megszegése révén váltak diszkriminatív cselekvések áldozatává. A rendelet teljes szövege megtalálható: DWORKIN – MACKINNON *Pornography and Civil Rights: A New Day for Women's Equality*. Organizing Against Pornography, 1988. 106

egyikét külön kellett volna számba venni. Az egyik rendelkezés megtilja, hogy bárki kényszerrel részt pornográf tartalmak előállításában; a második megtilja, hogy bárki kényszerrel legyen pornográf tartalmak gyártója; a harmadik rendelkezik az olyan szexuális támadásoktól, ahol az elkövető pornográf tartalom indította vagy motiválta a tett elkövetését; a negyedik megtilja a pornográf tartalmak terjesztését.⁵ A jogértvényesítés módja mind a négy tényállás esetén azonos: mincsemek büntetőjogi szankciók, a jogkövetkezemény a kérdéses cselekvést megszüntető felszólítás és kártérítés kiszabása, melyet a közigazgatási szerv állapít meg, és amely lehet teljes bírósági felülvizsgálat tárgya. A rendelet egy erős, elhatárolásra vonatkozó rendelkezéssel⁶ el, megállapítva, hogy a négy tényállás egyenként is, a másik három híján is megvalósulhat. A rendelet így önálló fogalmait is elismerti, hogy a négy pont alá rendezett jogserítések eltérő módon Alkotmánykiegészítés-kérdéseket vetnek fel, könnyebbeket és nehezebbeket, és megtilésem szerint e különbségeket figyelembe kellett volna venni.

⁵ Indianapolisi rendelet (5. II.), § 8.

I.

A rendelet legkevésbé problémás rendelkezései azok, amelyek a pornográf cselekedetben való részvételre való kényszerítés és a pornográf mű kényszer következtében történő megtekintése ellen nyújtanak védelmet. Ezek azon a megfontoláson alapulnak, hogy előfordul, hogy nőket pornográfiában való részvételre kényszerítenek,⁷ és hogy embereket arra kényszerítenek, hogy pornográfiát nézzenek. Az utóbbi, azt mondják, egy sor helyzetben megtörténik, kezdve a munkahelyi környezettől a meghitt otthonig.

E rendelkezések megítélését a korábbi fejezetekben már bemutatott eljárás segítségével kezdem, amely az Első Alkotmánykiegészítést a demokratikus önkormányzatok eszközeként tartja. A szólásszabadság széles körű és szoros védelmet nyújt azoknak, akik beszélnek, írnak vagy másképp kommunikálnak a közvélemény felé, és e védelem nemcsak a szavaiknak szól, hanem az üzenetük előállításához és terjesztéséhez szükséges eszközöknek is. A szóelés előállítására és terjesztésére szolgáló eszközök állami szabályozása közhelyszámba megy, de az Első Alkotmánykiegészítés megkívánja, hogy e szabályozások ne korlátozzák a közéleti vitákat, ha csak nem szolgálnak valamely kényszerítő érdekekkel azt megindokolandó. Képzeljünk el például egy rendeletet, amely révén szigorúan központilag osztanak szét a politikai röpiratokhoz szükséges papírt,⁸ vagy egy olyat, amely az utcai szórólapon az a személtelés megelőzésére hivatkozva megtiltja.⁹ Az ilyen intézkedések alkotmányellenesek lennének.

Nem fenyegetnek ugyanakkor hasonló veszélyekkel az indianapolisi rendelet „kényszerített részvétel” vagy „kierőszakolt nézés” tényállásait tiltó rendelkezései.

⁷ E rendelkezés alapja Linda Marchiano élettörténete, aki Linda Lovelace néven játszott a híres pornográf film, a *Mély torok* (Deep Throat) főszerepét. Linda LOVELACE Mike McGRADY: *Ordeal*. Citadel Press, 1980. Lásd még MACKINNON: *Linda's Life and Andrea's Work*. In: *Feminism Unmodified* (1. k.), 127–133.

⁸ Vö. *Grosjean v. American Press Co.*, 297 U.S. 233 (1936).

⁹ Lásd *Schneider v. State*, 308 U.S. 147, 162 (1939) – fenntartja, hogy a városi rendelet, amely az utca tisztán tartására hivatkozva megtiltja nyomtatványok osztogatását, sérti az Első Alkotmánykiegészítést. Újabb fejleményekkel kapcsolatban lásd jelen kötet 3. fejezetét: „Csend az utcasarkon”.

Mint ahogy azt a példák mutatják, e rendelkezések a szóias előállítást és terjesztést korlátozzák, és e minőségükben harnak a közbeszéd természetére, ám az általmi hatalom alkalmazása mind a két esetben a „kényszerítés” és a „kierőszakolt-ság” körülményeire vonatkozik. E rendelkezések azt célozzák, hogy a pornográfia ne kényszerített munka révén hozzák létre, és hogy a közönség, melynek bemutat-ják, önszántából nézze azt. A cselekvés megszűntetéseére felszólító határozatok és a felelősséget megállapító szabályok elteremtő hatása következtében az olyan szóias, amely megszegi e szabályokat, nem lesz a nyilvánosság része. Am ez nem sajátánivaló veszteség, mint ahogy a szabad szóias azon veszteségen se bántó-dunk, amelyek plagizálásnak vagy a szerzői jogok megsértésének tulajdoníthatók. A „kierőszakolt nézés” és „kényszer bántására történő cselekvés” rendelkezései a cselekvő és a közönség szabadságát kívánják védeni, és így nem rombolják, hanem éppen, hogy védelmezik az Elő Alkotmánykiegészítés értékeit.

Természetesen a „kényszer” és az „erőszak” viselkedhetnek gumifogalmak-ként, ami manipulációra adhat lehetőséget. Azonban e fogalmak mindenhol fel-bukkannak a jogban, legyen szó precedensjogról vagy törvénybe foglalt jogról, és semmi okunk e kérdéses kontextusban azok tisztességtelen alkalmazását feltéte-lezni. Ahogy az mindig igaz, e körülmények pontosításra¹⁰ és korlátozásra szorú-l-

¹⁰ A rendelet tett egy gesztust ezen irányba a „kényszerített cselekvés” körülményeinek tisztázásá-
val:

(A) A következő tények vagy körülmények bizonyítása nem képezheti védekezés alapját:

I. A szobanforgó személy nő; vagy

II. A személy prostituált vagy az volt, vagy

III. A személy nagykorú; vagy

IV. A személy vér szerinti rokona vagy házastársa bérkinek, aki részt vett a pornográfia tartalom lét-rehozásában vagy más módon volt köze ahhoz; vagy

V. A személynek volt, vagy vélhetőleg volt szexuális kapcsolata bérkivel, aki részt vett a pornográfia tartalom létrehozásában vagy más módon volt köze ahhoz; vagy

VI. A személy korábban egyedül vagy bérkivel szexuális tartalmú képeken szerepelt beleértve bár-ki, aki részt vett a pornográfia tartalom létrehozásában vagy más módon volt köze ahhoz; vagy

VII. Bárki más, beleértve házastársat vagy más rokont, engedélyt adott a személy nevében; vagy

VIII. A személy beleegyezett abba, hogy a kérdéses cselekvést pornográfikává fogják alaktani; vagy

IX. A személy tudja, hogy a kérdéses cselekvések és események pornográfia készítése céljából törtenek, vagy

X. A személy nem tanúsított ellenállást vagy aktív közreműködést mutatott a fotózás során vagy a szexuális cselekmények során, melyből a pornográfia készült; vagy

XI. A személy aláírt egy szerződést vagy kifejezte beleegyezését a közreműködésre a pornográfia létrehozása céljából, vagy

XII. Semmilyen fizikai erőszak, fenyegetés vagy fégyver nem került alkalmazásra a pornográfia elkészítése során; vagy

XIII. A személy fizetéstben vagy más módon kompenzációban részesült.

Indianapolisi rendelet (5. § 1, 16. § 3(g)(5))

nak, de Easterbrook bíró sosem adott esélyt a rendelet végrehajtásával megbízott állami intézményeknek, hogy szabályokat alakítsanak ki e korlátozáshoz. Teljes egészében érvénytelennek ítélte a rendeletet. E megelőző ítéletet Easterbrook bíró nem a „kényszer” vagy az „erőszak” fogalmak tágíthatóságával indokolta, hanem nyilvánvaló módon a szabályozás részrehajló jellegét kifogásolta: az irodalom vagy a művészet berkeiben a pornográfia vélhetőleg nem az egyetlen terület, ahol „kényszerített cselekvés” vagy „kierőszakolt megtekintés” fordul elő, mégis a törvényhozók kizárólag ezzel foglalkoztak.¹¹

Kétségtelen, hogy a törvényhozás számúzhette volna a „kényszerített cselekvést” minden szexuálisan szókimondó tartalom létrehozásából vagy akár a művészet vagy irodalom mindenféle formájának létrehozásából, vagy megtilthatta volna bármely film vagy műalkotás „kierőszakolt megtekintését”. Mégis, méltányolható oka volt úgy vélni, hogy e bűnök elég gyakoriak a tiltott típusú pornográfia létrehozása és terjesztése során ahhoz, hogy azonnal, és elkülönítve kezelje őket. Semmi önkényesség nincs ebben a részrehajlásban, és az az Első Alkotmánykiegészítés érdekében hat. A törvényhozásnak nem kell a szólás minden formáját megterhelnie akkor, ha csak meghatározott típusú szólasokhoz köthető károkat kíván orvosolni. Természetesen a törvényhozás szelektivitása révén a szókimondó szexualitást tartalmazó filmeket olyan szabályok fogják korlátozni, melyek nem kötik majd azokat a filmeket, amelyek kétségtelenül tartalmazznak ugyan „kényszerített cselekvést”, például kínzást vagy erőszakot, de azt nem szexuális kontextusban teszik. Ez a fajta részrehajlás nem hasonlítható össze az olyan, más típusú részrehajlásokkal, amelyek az Első Alkotmánykiegészítéssel összefüggésben megengedhetetlenek lennének; például ha az állam egyes politikai jelölteket hátrányos helyzetbe hozna vagy egy másik elé helyezne. A választás esetében feltételezhetjük, hogy a szabályozásban történő részrehajlás indoka nem lehet más, mint az egyik jelölt előnyhöz juttatásának szándéka. Az indianapolisi rendelet esetében az állam a lehető legkisebb beavatkozással járó eljárás segítségével igyekszik védelmet nyújtani a kényszerítés ellen.

¹¹ *American Booksellers Ass'n v. Hudnut*, 771 F.2d 323 (7th Cir. 1985), megerősíti per curiam, 475, U.S. 1001 (1986).

Hasonló megfontolások érvényesek – talán némileg kevesebb ártó erővel – a rendelkezés azon rendelkezéseivel kapcsolatban, amelyek olyan a pornográf tartalmakra vonatkoznak, amelyekről bizonyossá vált, hogy támadásokat vagy fizikai erőszakot idéztek elő. A rendelkezés azon aspektusa valószínűleg olyan esetekben kerül elő, amelyekben egy bizonyos szexuális bűncselekmény – például egy csoporos erők egy kocsmái bilátardasztalon – pontosan visszavezethető egy bizonyos cselekményre, melyet egy meghatározott pornográf tartalom ír le és eroticizál. Mint a rendelkezés által megnevezett összes többi törvényesítés, ez a rendelkezés is tilalom, amely kikényszeríthető a cselekvés megszüntetésére felszólítással és kártérítés kiszabásával egyaránt. A panaszosnak ekkor bizonyítani kell, hogy támadás ére, és hogy azt közvetlenül egy pornográf mű okozta. E bizonyítási folyamat során a panaszosnak kártérítési követelést kell tennie. A felelősség megállapítását követően megszüntető felszólítás adható ki, de a kártérítés megállapítása és további követelések kifizetése hatáskörben tartózkodni a publikáció terjesztésétől annak kiadóját, és így a megszüntető felszólítás okafogyottá vagy csekély fontosságúvá válna.

Első látásra úgy tűnhet, hogy a rendelkezés e rendelkezése összhangban van az Első Alkotmánykiegészítéssel, azon megfontolásra alapozva, amely a támadást okozó kiadványokra való uszításokként tekint. Az Első Alkotmánykiegészítés doktrínája lehetővé teszi az állam számára, hogy a zavarás résztvevőit és a zavarásra uszító személyt egyaránt megbüntesse. Ez az elmelet ugyanakkor okoz némi feszítést, mivel sosem lehetünk biztosak abban, hogy mely megnyilatkozások valószínűleg uszítást. Tartsuk aztól, hogy ha valakit felelősségre vonunk bizonyíthatóan uszító beszédért, akkor ezzel másokat elriaszthatunk az olyan beszédől, amely nem valószínűleg uszítást, és mint ilyen, nem szabadna elbátortaszítani. Az ilyen dermesztő hatás (*chilling effect*) veszélye – annak elriasztása, amit nem szabadna elriasztani – kézzel fogható, amikor a beszéd bűntudatát, amit nem szabadna elriasztani, annak kockázata, hogy beszéde miatt kártérítésre kötelezhetik. Megjegyzendő, hogy a rágalmazási ügyek területén elismertük, hogy a jó hírnévben a hamis állítás révén előálló károkozást kompenzáló kártérítés dermesztőleg hathat a sajtra, vagy elriaszthatja attól, hogy fontos és

helytálló beszámolókat, kommentárokat tegyen közzé.¹² Hasonlóképpen, jó okunk lehet attól tartani, hogy ha egy nemi erőszak vagy egy támadás áldozata kártérítésben részesül azon magazin vagy film kiadójától, amely a szexuális erőszakhoz vezetett, akkor ez vésszen dermesztőleg hatna mindenfajta publikáció vagy film létrehozására, melyek közül sok pedig alapvető lehet a fontos közéleti kérdések nyílt és szabad megvitatásához.

E dermesztő hatás kockázata nem lebecsülendő. Ugyanakkor más jogterületeken megtanultunk együtt élni vele, például a rágalmozási ügyekben elismerjük, hogy egymással szemben álló értékek összeütközése esetén a dermesztő hatás az ár, amelyet fizetnünk kell. Hasonló megközelítés lenne kívánatos jelen esetben is. A Legfelső Bíróság a rágalmozási törvények lehetséges dermesztő hatására nem azzal válaszolt, hogy az Első Alkotmánykiegészítést egy kivételt nem engedő általános tilalomnak tekintette az efféle törvényekkel szemben, hanem ennél körültekintőbben járt el. Először is kizárta a büntetőjogi következményeket közhivatalt betöltő személy ellen elkövetett rágalmozás esetében.¹³ Másodszor, a Legfelső Bíróság a kártérítési kereseteket meghatározott feltételekhez kötötte, például azáltal, hogy a kereset benyújtójától annak bizonyítását követelte meg, hogy a beszélő tudta vagy tudnia kellett volna, hogy amit állít, az nem igaz.¹⁴ Az Indianapolisi rendelet által megállapított felelősségre vonási rendszer hasonló szellemben igyekszik a lehető legnagyobb mértékben csökkenteni a dermesztő hatás kockázatát. Nincs büntetőjogi felelősség, csupán a kártérítés iránti kereset benyújtásának joga, és a kártérítést követelő személynek bizonyítania kell, hogy (1) az erőszak és a pornográfia között „közvetlen” oksági viszony áll fenn; (2) az erőszak egy meghatározott „specifikus” pornográf alkotáshoz köthető, és hogy (3) az alperes tudta vagy tudnia kellett volna, hogy a szóban forgó mű megfelel a pornográfia törvényi meghatározásában foglaltaknak.¹⁵

Nyilvánvaló, hogy az indianapolisi város tanács tehetett volna többet is a dermesztő hatás minimalizálásáért. Például a felperest terhelő bizonyítási kényszer szintjét a polgári jogi esetekben szokásos „valószínűsíthetően bizonyíthatóról” a nehezebben kimutatható, „egyértelmű és meggyőző” szintjére emelhette volna az erőszak és a pornográfia között fennálló közvetlen ok-okozati összefüggés bizonyításakor. Vagy megkövetelhetette volna annak bizonyítását, hogy az alperes szándéka vagy akarata támadás előidézésére irányult, vagy hogy gondatlanul járt el, érdektelenséget mutatott aziránt, hogy magatartása alkalmas ilyen következmény előidé-

¹² Lásd *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 279 (1964) – a kormány kritikusait megriasztaná a szabály, amely bármely hamis állítást rágalmozásnak minősítene.

¹³ Uo. 273.

¹⁴ Uo. 279–280.

¹⁵ Indianapolisi rendelet (5 §), §§ 1 16–3(g)(7)–(8).

zésére. Az életbe lépített rendelet megköveteli annak vizsgálatát, hogy a kártérítés céljából perelt fel az elkövetéskor tudott-e róla, hogy az illető mi a törvény szerinti pornográfának minősül, nem kívánja azonban az alperes szándéka vagy vágya és a szexuális erőszak közötti kapcsolatot bizonyítani. Az uszítás analógiája sugallhat ugyan ilyen kapcsolatot, de az uszítás kontextusában a bűntett-tőjogban jelen lévő szándékosság követelményéből származik; polgári eljárásban nincs ilyen követelmény, és az Első Alkotmánykiegészítés sem kíván ilyet.

Annak megítélése, hogy szükség van-e ezekre a kiegészítő biztosítékokra, egy apólekos elemzés eredményétől függ, melyben a szexuális erőszak megelőzésének kívánalmát a dermesztő hatás kockázatával állítjuk szembe. Amint a „kényszerítés” vagy „ráterőszakolás” kifejezések használatát korlátozó szabályok mutatják, az ilyen biztosítékokat a rendelet életbe lépését követően az egyes esetek kontextusában kellett volna kialakítani. Azonban ismét leszögezzük: Eastertbrook bírónak nem volt türelme, hogy ezt kívárja: azzal, hogy a rendeletet annak hatálybalépése előtt megsemmisítette, megfosztotta a bíróságokat a tárgalmazási esetekben eredményesen használt módszertől, miszerint ütköző elvek esetén további biztosítékokat kérnek az intézkedés érvényesítésének folyamata során. A rendelet felösztögette vonási rendszert önmagában elvetette, felröva, hogy a rendelet alapján szolgáló pornográfia-definíció csak azon művek ellen tette lehetővé a fellépést, amelyek a nőkre egy meghatározott szemlélettel, nevezetesen a férfiak által használt szexuális tárgyakaként tekintenek.¹⁶ A rendelet a „nők szexuálisan nyílt alávetéseként” definiálta a pornográfiát,¹⁷ és felelősségre vonási rendszere azokra az esetekre korlátozódott, amelyek megtestesítették vagy aláírtasztották a fenti két pet a nőkről. Eastertbrook bíró ezt a nézőpontot közötti megengedhetetlen diszkriminációnak ítélte.¹⁸

Mint minden törvény, az indianapolisi rendelet is érvényre juttat egy bizonyos dolásokkal szembeni támadásokkal kapcsolatos elszámoltathatóság elvével szemben testestennek meg vagy fogalmaznak meg nézeteket. Csakúgy, mint a „kényszerített cselekvés” vagy a „ráterőszakolt megtekintés” rendeltetések esetében, az irodalom vagy a művészet egy meghatározott formája amelyik nyíltan szexuális és alárendelt a nőket - szankciókra szánthat, míg más formák nem. Például a rendelet felösztögette vonási rendszere nem intézkedik olyan esetekkel kapcsolatban, amelyek más csoportok (pl. feketék vagy zsidók) tekintetében fizikai erőszakhoz vezetnek,

¹⁶ *American Booksellers Ass'n*, 171 F.2d 325.
¹⁷ Lásd 22. § - a pornográfia törvényi meghatározása.
¹⁸ *American Booksellers Ass'n*, 171 F.2d 325.

vagy az alávetettség más formáját népszerűsítik, függetlenül attól, hogy e munkák szexuálisan szókimondóak-e. Hasonlóképp nem vonatkozik a felelősségre vonási rendszer azon esetekre sem, amelyek olyan nyílt szexualitást tartalmazó alkotások következtében történnek, amelyek magasztalják a nők hatalmát, vagy a nőket egyenlőnek tekintik.

Ugyanakkor a felelősségre vonási rendszer e korlátai nem tűnnek végzetesnek számomra. A törvényhozók joggal feltételezhették, hogy a filmek vagy magazinok hatására elkövetett támadások sokkal nagyobb eséllyel érnek nőket, mint más csoportokat. Más hátrányos helyzetű csoportok a manapság eufemisztikusan „gyűlöletbeszédnek” nevezett jelenség elszenvedői lehetnek, de ők nincsenek olyan mértékű nyilvánosságnak kitéve, mint amit a pornóipar generál.¹⁹ Sőt, az olyan szexuálisan szókimondó munkák kapcsán, amelyek a nőket egyenlőként mutatják meg, a törvényhozás nyilvánvalóan jogosan foglalt el olyan álláspontot, amely szerint az efféle munkák által kiváltott fizikai erőszak jóval ritkább, mint az olyan munkák esetében, amelyek a nőket alávetett módon ábrázolják, és amely szerint ez nem kíván szabályozást.

Ezek azok a döntések, amelyeket a jogalkotók nap mint nap meghoznak, és nehéz felfogni, hogy az Első Alkotmánykiegészítés ez esetben miért akadályozza meg őket abban, hogy ezúttal is hasonlóképp tegyenek. Az indianapolisi városi tanács létrehozhatott volna egy olyan felelősségre vonási rendszert, mely minden, film vagy magazin által kiváltott fizikai támadás esetére érvényes lett volna; ebben a vonatkozásban a rágalmozásért vagy erőszakra való uszításért megállapított felelősség analógiája erősebb lenne. Ám egy ilyen totális szabályozást megvalósító rendszer kíváncsi nem szolgálna az Első Alkotmánykiegészítést, minthogy tekintélyes mértékben növelné a dermesztő hatást. Ebben a vonatkozásban a szabályozás részrehajló természete inkább támogatja az Első Alkotmánykiegészítést, mintsem hogy aláássa azt. A szabályozás a részrehajlás miatt némithat valamenynyit a közéleti vitákon, mivel emelheti egy bizonyos típusú művészeti megnyilvánulás kockázatait. Azonban a demokratikus folyamatot csupán csekély mértékben torzítaná el, ha hátrányt szenvedne egy, csakis egy meghatározott művészeti forma, amely erőszakos cselekményeket elszenvedő áldozatokat eredményezhet, miközben maga a demokratikus folyamat csupán szűkre mért védelmet tud nyújtani a nőknek súlyos sérelmeikkel szemben.

Az Első Alkotmánykiegészítés másik ágában, amely a nyilvános fórumokat szabályozza, a Legfelső Bíróság kidolgozott egy olyan ítéletanyagot, mely elítéli a

¹⁹ Lásd például DWORKIN–MACKINNON (i.m. 1. lj.) 15–16. és 24–30. – A szexizmus a hátrányos megkülönböztetés más formáival elterjedtebb, mert a pornográfia a történelem során végig egyenlőtlen szerepeket határozott meg a nők számára. MACKINNON: *Francis Biddle's Sister* (i.m. 1. lj.), 163–97, DOLF ZILLMAN–JENNINGS BRYANT (szerk.) *Pornography: Research, Advances and Policy Considerations*. New York, Academic, 1989.

vélemény alapján történő diszkriminációt, és amelyről vélhetően, hogy támogatja Fosterbrook bíró álláspontját.²⁰ Képzelnünk el egy utcásarkot, ahol két beszélő szónok; az egyik egy habort mellett, a másik ellene. A szóban forgo döntések megfoszták az államot attól a hatalomtól, hogy diszkrimináljon vagy válasszon a beszélők közül – hogy letartóztassa az egyiket, míg a másikat békén hagyja. A vélemény alapján történő diszkrimináció elleni elv könnyen megérthető az említett képzelt esetben, ám az elv korlátozottan alkalmazható az indianapolisi város tanács által életbe léptetett telelősségre vonási rendszerre.

Először is megfigyezzendő, hogy a véleményel szembeni diszkrimináció tiltása, mint minden diszkriminációellenes intézkedés, nem tiltja a megkülönböztetés minden formáját, csupán az indokolatlanokat. Az állam nem választhatja ki az utcásarki szónokok közül az egyiket azon az alapon, hogy bizonyos véleményeket szeret hallani, míg másokat nem. E döntés a közéleti vitát megengedhetetlen mértékben torzítaná. Amikor azon az alapon letartóztatja a beszélők egyikét, hogy az illető zavargásra uszít. Hasonlóképp, az indianapolisi rendelet által alkotott feltevések zavaró rendszer megkülönböztet két, szexuális alkotások által is kifejezésre juttatható véleményt – a nők mint egyenlők kontra a nők mint alávetettek – és a jutatható vélemény az alapulhat, hogy az egyik nagyobb valószínűséggel preferencia a kért közt az alapulhat, hogy az egyik nagyobb valószínűséggel idez elő fizikai erőszakot, mint a másik. Meggyőző bizonyítékok sugallja, hogy a városi tanács tagjai ezen indoklás alapján korlátozták a telelősségre vonási rendszerét úgy, ahogy azt írték,²¹ ám szándékuk nem a korlátozás volt. Amikor a rendőr letartóztatja az utcásarkon egyiket, tette megítéléséhez nem azt kell tudnunk, hogy milyen megfontolás alapján választott a két beszélő közül, hanem hogy létezik-e olyan független objektív alap, ami alapján választani lehet közülük.

²⁰ Lásd például *Police Dep't of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92, 95:96 (1972) – érvénytelenítéssel Chicago rendeletét, amely minden demonstrációt tiltott az iskolák közelében, kivéve a szakszervezet által szervezetteket, azon az alapon, hogy a városnak nem fűződött kényszerítő érdeke a munkával kapcsolatos demonstrációk előnyben részesítéséhez.

²¹ Az indianapolisi városi tanács úgy fogalmazott: „A pornográfia a nem alapon történő diszkrimináció gyakorlata, amely tagadja a nők egyenlő lehetőségeit a társadalomban. A pornográfia központi szerepet játszik a nem elhanyagolható módon diszkrimináció életében és természetében. A pornográfia kizsákmányolás és alávetés rendszeresített gyakorlata, amely a nők különböző módokon történő bántalmazásával járó szexuális vakuzgóság és megvetés, amelyet gerjeszt és az agresszió, amelyet táplál, aláássák a nők lehetőségeit a jogegyenlőséghez a munkavégzés, az oktatás, állami vagy önkormányzati lakáshoz való jutás, illetve annak használata, és az ingatlanshoz jutás területén; hasonlóképp, gerjesztik a szexuális erőszakot, a családon belüli erőszakot, gyerekek moleztálását, gyermekkrablast és prostitúciót, és gyengítik a törvényi védelmet ezen cselekedetek ellen, továbbá jelentős mértékben hozzájárulnak ahhoz, hogy a nők állampolgári jogait és a közéleti részvételét ne gyakorolhassák teljes körűen, beleértve a helyi közösséget is.”

Indianapolisi rendelet (5. §, §§ 116-1(a)(2).

Ebben az esetben a vizsgálat helyes tárgya az, hogy lehet-e választani a két beszélő közül azon az alapon, hogy az egyik szexuális erőszak előidézője lehet; egy olyan veszélyeztetése, amelyet az állam legitim módon előzhet meg.

A nyilvános fórum esetei nem csupán megengedik az államnak, hogy válasszon különböző beszélők közül – feltéve, hogy a megkülönböztetés nem az előadott eszmék érdemein alapul – hanem tanúsítják is az Első Alkotmánykiegészítés azon általános elvét, mely megengedi a beszédet elhallgattató vagy elbátortalanító állami szabályok létét. Mint ezek az esetek jelzik, az Első Alkotmánykiegészítés nem a beszélő körüli áthatolhatatlan pajzsként teszi a dolgát, még a nyilvános fórumon beszélő esetében sem, hanem arra kényszeríti az államot, hogy viselje egy különösen sürgős és súlyos – kényszerítő – érdek megfogalmazásának terhét minden olyan szabályozás esetén, melynek a következménye dermesztő hatás lehet. A járókelők bosszankodása nem elegendő ok az igazoláshoz, de egy zavargás megelőzése igen. Az indianapolisi felelősségre vonási rendszernek lett volna a szabad szót csendesítő következménye, azonban Indianapolisnak kényszerítő érdeke fűződik a szexuális támadások elrettentéséhez és az áldozatok kártérítésben részesítéséhez. Indianapolis hajlandó lett volna csak azokat az egyéneket felelőssé tenni, akik személyesen részt vettek a fizikai támadásban, ám jelentős előnyök nyilvánvalóan kényszerítő előnyök fűződnek ahhoz, hogy korábbra tekintsenek vissza az okozatossági láncban. A legfontosabb, hogy ha így tesznek, kevésbé lesz valószínű, hogy a támadás valaha megtörténik; dupla biztosítékként működik, és a kár megtérítésének kilátásai is valószínűbbek.

Ezek után az indanapolisi rendelet terjesztéssel kapcsolatos intézkedést kell még megítélni, mely kérdést azért hagytam utoljára, mert ez az intézkedés jeleníti a legnagyobb kihívást a szólásszabadság számára. Ellentétben a „fizikai támadásra” vonatkozó rendelkezéssel, ezen eljárás nem a közzétett publikáció következményeit veszi szemügyre, és a „kényyszerített cselekvés” vagy a „kierőszakolt megtekintés” rendelkezésekkel szemben jelen esetben nemcsak azokra a kiadványokra vonatkozik, amelyek létrehozása és terjesztése kényyszer révén történik, hanem a rendelkezés meg kívánja szüntetni az ilyen kiadványok bármiféle előállítást vagy terjesztést. A kiadvány létrehozása és terjesztése önmagában megvalósítja a törvényesítés, nem csupán az általa okozott következmények, vagy az előállítás vagy terjesztés áll leginkább szemben az Első Alkotmánykiegészítéssel.

E szembenállást maga a rendelet is elismeri. A rendelet a pornográfia általában úgy határozza meg, mint „nők durva, szexuálisan nyílt alávetése”, és az ilyen tartalom hat különböző kategóriáját azonosítja.²² Az olyan törvényesítések, mint a

²² A teljes dokumentum ezt tartalmazza

A pornográfia a nők nyílt és durva szexuális alávetését jelent, legyen az kép vagy szó, mely egy vagy több elemet tartalmaz az alábbiak közül

(1) A nőket szexuális tárgyakként ábrázolja, akik élvezik a fajdalmat és a megáldozatást; vagy

(2) A nőket szexuális tárgyakként ábrázolja, akiknek szexuális élvezetéhez van szükség, ha meg-erőszakolják őket, vagy

(3) A nőket szexuális tárgyakként ábrázolja, akiket megkötöznek, összevagdossanak, megcsontítanak, megsebeznek, fizikailag bántalmaznak, feldarabolnak, szétvágnak vagy felaprítanak; vagy

(4) A nőket úgy ábrázolja, hogy tárgyak vagy állatok beégnek belőlük, vagy

(5) A nőket a lealacsonyítás, megsebecsítés, moleztálás, kínzás forgatókönyvei szerint ábrázolja, emellett szemnyel börtve, alárendeltségben, vérezve, kék-zöldre verve, bántalmazva jelennek meg úgy, hogy a kontextusok a szexuálishoz kapcsolódnak; vagy

(6) A nőket szexuális tárgyakként ábrázolja uralkodás, megbódítás, erőszak, kizsákmányolás, börtölás vagy használat céljából, vagy szolgásként vagy kijáratokozást megvalósító helyze-tekben és testtartásokban.

Indanapolisi rendelet (5. lf., §§ 1-16-3(q)).

„fizikai támadás”, „kényszerített cselekvés” vagy „kierőszakolt megtekintés” kapcsolódhatnak bármelyikhez e hat kategória közül, beleértve az utolsót, ami a *Playboy*- vagy a *Penthouse*-féle szoftpornó: ez „a nőket az uralkodás, meghódítás, erőszaktevés, kizsákmányolás, birtoklás vagy használat céljából, a szolgaság, alávetettség vagy kitárulkozás pozícióiban, szexuális tárgyként ábrázolja.”²³ Ezen utolsó kategóriára ugyanakkor nem vonatkozik a terjesztés tilalma. E rendelkezés csak a pornográfia leginkább erőszakos és brutális formáira alkalmazható, melyet a többi öt kategória valósít meg. A 2. kategóriába például olyan tartalmak tartoznak, amelyek a nőket „olyan szexuális tárgyként ábrázolják, akiknek szexuális örömet okoz, ha megerőszakolják őket”.²⁴ A 3. kategória olyan tartalmakat takar, amelyekben az ábrázolt nőket „mint szexuális tárgyakat összekötözik, összevagdaltják vagy megcsónkítják”.²⁵

A terjesztéssel történő törvénysértés esetén korlátozása – a szoftpornó kivétele a rendelkezés érvénye alól – csökkenti a rendelet hatásosságát. Mint azt említettem, a feministák nem azért támadják a pornográfiát, mert az megbotránkoztató vagy illetlen, hanem mert fenntartja a nők alávetettségét. Az efféle szabályozás alapjául szolgáló elképzelés szerint a pornográfia révén a férfiakban erős kapcsolat alakul ki a szexuális izgalom és a női alávetettség között, és így módon a pornográfia létrehozza és újratermeli a női egyenjogúság útjában álló, a férfi szexuális identitásában gyökerező akadályokat.²⁶ Felmerül a kérdés, legalábbis bennem, hogy a pornográfiellenes kampányban az ilyen tartalmak nem kapnak-e a valóságoshoz képest eltúlzott szerepet, mint a férfiak szocializációs folyamatát és szexuális identitásuk létrejöttét alapvetően meghatározó tényezők, és e kétségek csak nőnek, ahogy e támadás a pornográfia extrémebb formáira összpontosul. Érzésem szerint e brutális magazinok vagy filmek, amelyekre a terjesztést tiltó szabályok vonatkoznak, elhanyagolható szerepet játszanak kultúránkban, a legtöbb férfi szocializációjában vagy az identitásuk kialakulásában.²⁷ Ez nem jelenti, hogy e tilalom nem jogos, hanem, hogy jogos voltának igazolása jóval finomabb terminusok szerint történik annál, mint ahogy az elsőre tűnne. Szorítsd vissza a pornográfia brutálisabb és megbotránkoztatóbb formáit, ezáltal majd csökken a kereslet a pornográfia mint műfaj iránt, de még a szoft változat iránt is, és ez majd újradefiniálja azt a szabályt, hogy minek a büntetése megengedett.

²³ Uo.

²⁴ Uo.

²⁵ Uo.

²⁶ Lásd MACKINNON: Francis Biddle's Sister (1. j.) 172 „Amit a pornográfia tesz, az túl van annak tartalmán: eroticizálja a hierarchiát és szexualizálja az egyenlőtlenséget. (...) Intézményesíti a férfi felsőbbrendűség szexualitását.” Lásd még Andrea DWORKIN *Pornography Men Possessing Women*. Women's Press, 1981. 241. – a pornográfia fő témája a férfiak hatalma a nők fölött.

²⁷ Lásd általában Steven G. GREY: The Apologetics of Suppression. The Regulation of Pornography as Act and Idea. 86 *Michigan Law Review* 1564, 1606–07 (1988).

Míg a terjesztés korlátozásának szűkítése csökkenti annak valószínűsíthető hozzájárulását az egyenlőség előéréséhez, egyben az Első Alkotmánykiegészítésre hivatkozó ellenérveket is csökkenti. A megfélemlítő kérdés úgy hangzik, hogy az Első Alkotmánykiegészítés véd-e az olyan nyíltan szexuális tartalmak előállítását és terjesztését, amelyek a nőket tárgyként ábrázolják, akik például szexuálisan élvezik, ha megerőszakolják őket. Az efféle tartalmak aligha tűnnek kulcsfontosságúnak a demokratikus közbeszéd számára, és igazából az obszcenitás egy olyan tagabb kategóriája alá esnek, amit a Legfelső Bíróság rendszeresen korlátozni enged. Eastebrook bíró megjegyezte véleményében, hogy a rendelet által használt pornográfia-definíció nem felel meg a Legfelső Bíróság által a *Miller v. California*²⁸ esetben alkalmazottinak, amely meghatározza az obszcenitáscenzúra külső határait. Az eset definíciója szerint pornográf az a kiadvány, amely (1) szex iránti érdeklődés kielégítésére szolgál, (2) a szexuális tevékenységet egyértelműen megboltonkozató módon mutatja be, (3) és nélkülöz bármely komoly társadalmi, esztétikai vagy politikai értéket.²⁹ Eastebrook bíró teljességgel helyesen jegyezte meg, hogy az indiaanapolisi rendelet nem használta a *Miller*-formulát a tiltott publikáció definíciójához. Azonban vele ellentétben én nem gondolom, hogy e hiány igazolta döntését abban a tekintetben, hogy előzetesen (a hatályba lépés előtt) érvénytelenítette a terjesztést tiltó rendelkezést.

Bírózór is a *Miller* alkotmányos obszcenitáscenzúráját a Legfelső Bíróság eseti alapon használta annak meghatározásához, hogy indokolt-e az adott, egyedi büntetőeljárás, vagy az adott esetben a felügyeleti és gyámügyi jogok felülggyesztése. Nincs olyan szabály, amely megkötözné, hogy a tagállami törvényeknek vagy a helyi rendeleteknek a *Miller*-definíciót teljes terjedelmében tartalmazniuk kellene. Igazából a Legfelső Bíróság elé kerülő állami vagy helyhatósági obszcenitás-rendeletek zöme semmilyen obszcenitáscenzúrával nem él, és a Legfelső Bíróság nem érvénytelenítette ezeket az intézkedéseket e hiányra hivatkozva. Még ha a rendelkezést a *Miller*-tesztben foglaltaknál szigorúbbnak is találta, akkor is helyben hagyta az intézkedés, csupán alkalmazhatóságának fokuszát csökkentette. A Legfelső Bíróság 1966-ban érvénytelenítette például Massachussetts kísérletét a *Fanny Hill* című könyv cenzúrázására nézve, és tette ezt azon az alapon, hogy az intézkedés nem tartalmazta az obszcenitás alkotmányos definíciójának egyik elemét; magát az állami rendeletet azonban nem érvénytelenítette a testület.³⁰ Hasonlóan kellett volna eljárni az indiaanapolisi rendelet esetében is: a Bíróság vár-

²⁸ 413 U.S. 15 (1973).

²⁹ Uo. 24

³⁰ A Book named „John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure” v. Massachussetts, 383 U.S. 413 (1966).

hatott volna, hogy a betiltott művek megfelelnek-e az obszcenitás alkotmányosan meghatározott kategóriájának. Nehéz elképzelni azt a művet, mely megsérti a terjesztést tiltó rendelkezést, és amely ne lenne egyértelműen megbotránkoztató vagy ne az érzéki vágy felkeltését szolgálná, és bár a rendelet nem korlátozta önmagát, a bíró várhatott volna, mint azt a Legfelső Bíróság tette a *Fanny Hill* esetben, hogy kiderüljön, a szóban forgó mű rendelkezik-e komoly politikai vagy esztétikai értékekkel.

Sőt mi több, egy új törvényhozási program során, mint amilyen az indianapolisi rendelet is, nem volt szükséges azt feltételezni, hogy a Legfelső Bíróság legfrissebb obszcenitástesztje – az úgynevezett *Miller*-teszt – a cenzúrázható, nyílt szexualitást tartalmazó művek egyetlen lehetséges tesztje volna. Jelen pillanatban a *Miller*-teszt irányadónak számít, azonban igazság szerint ez egy viszonylag új konstrukció. A Legfelső Bíróság először 1957-ben³¹ alkotott obszcenitásdefiníciót, mely tovább alakult az 1960-as években,³² és ismételten újrafogalmazták azt a *Miller*-esetben 1973-ban.³³ A *Miller*-definíció csupán fényezés az Első Alkotmánykiegészítésen, mely a következő három különböző megfontolást igyekszik ötvözni: (1) az obszcenitás által a társadalmi normákra és a fizikai közérzetre gyakorolt veszély elismerése; (2) az Első Alkotmánykiegészítés eredeti szándéka iránti tisztelet kifejezése, azon az alapon, hogy az alkotmányozó Alapítók Atyák* nem gondolták, hogy a „szólásszabadság” védelme azt jelenti, hogy obszcén publikációk szabadon terjeszthetők; és (3) a közbeszéd kiterjesztése iránti elkötelezettség, mint a demokrácia értékeinek gyarapítása. A *Miller*-definíció tekinthető ezen eltérő megfontolásokat értelmesen összegző eljárásnak, ám nincs okunk azt gondolni, hogy ez az egyedül lehetséges összegzés, vagy hogy a tesztnek ki kellene zárnia más erőfeszítéseket. Igazából a Legfelső Bíróság maga is alakított a szabad szótást szabályozni kívánó állami hatalmat alkotmányosan megkötő konstrukción, amikor gyerekek³⁴ számára készített, nyíltan szexuális tartalmakról vagy amikor

* Az Egyesült Államok politikai berendezkedését és alkotmányát megalkotó politikusok. *A ford.*

³¹ *Roth v. United States*, 354 U.S. 476, 487–89 (1957).

³² Lásd például *A Book named „John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure”*, 383 U.S. 420–21 – fenntartja, hogy egy egyébként társadalmi értékkel bíró könyv terjesztését nem védi az alkotmány, ha a könyv forgalmazója kizárólag a szexuális tartalmat emeli ki; *Mishkin v. New York*, 383 U.S. 502 (1966) – fenntartja, hogy az érvényes obszcenitásteszt vagyis a jelleggel kapcsolatos kitételét a megcélzott közönség érdeklődésének kontextusában kell vizsgálni.

³³ Az amerikai jog ezen ágával kapcsolatban lásd Harry KALVEN, Jr.: *A Worthy Tradition: Freedom of Speech in America*. Harper & Row, 1988. 33–53. Elemzi az obszcenitással kapcsolatos bíraskodás evolúcióját.

³⁴ Lásd *Ginsberg v. New York*, 390 U.S. 629, 623–38 (1968) – fenntartja, hogy annak elbírálása, hogy egy kiskorúaknak szánt publikáció pornográfia-e vagy sem, a kiskorúak érzéki fogalmai szerint kell hogy történjen, nem a felnőttekéi szerint; *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747, 756 (1982) – fenntartja, hogy gyermekeket ábrázoló szexuális képek esetében nincs szükség a *Miller* tesztre.

köznyelvi szinten álló frekvencián bemutatott tartalmakról írték le.³ Az indiana-polisi rendelet egy más típusú újrarendelést testesít meg ismét csak egy fontos cél, a szexuális egyenlőség érdekében.

Az indianapolisi rendelet terjesztési rendelkezéseit bírálva Easterbrook bíró ismét panaszt fogalmazott meg, ezúttal nem csak azért, mert a rendelet pornográf-tádefiníciója nem tükrözte a *Miller*-tesztben foglaltakat, hanem mert egy meghatározott nézőpont korlátozását valósította meg.³⁶ a pornográfát nem egyszerűen a nyílt szexualitás jelenítette, hanem az magában foglalta a női alávetettséget is; például nők oly módon történő ábrázolásával, miszerint nekik mint szexuális tárgyaknak szexuális örömet nyújt, ha megcsozaskolják, megkökötözik vagy megcsonkítják őket. Az olyan alkotás, amely nyílt szexualitást tartalmaz, ám elutasítja az efféle horrorsztrikus elemeket, nem tartozik ezen meghatározás alá. Bár az indianapolisi rendelet terjesztési rendelkezése bizonyos szempontból valóban egy nézőpont korlátozását valósította meg, e megfontolásnak nem kellett volna kizárnia a rendelkezés alkotmányos alkalmazásának lehetőségét a *Miller*-tesztnek egyébként megfelelő esetekben. Minden obszcenitást tiltó rendelet valamely távolabbi cél is szolgálati kíván.

Mindezen obscenitást tiltó rendelet valamely távolabbi célt is szolgálni kíván példánul a szexuális magatartással kapcsolatos megfelelő hozzáállás, vagy a közszemlére tehető szexuális tevékenységek körenek meghatározása ügyében –, és mint ilyeneket, működni engedik őket, dacára a nézőpont alapján történő diszkrimináció tilalmának, mivel e célok nem a pornográfia által megjelenített szemlélettel ütköznek, hanem a terjesztett publikáció által olykor a társadalmi normákban és értékekben okozott káron alapulnak. A legtöbb hagyományos obscenitásrendelet nem nézőpont-specifikus, ám képzeljünk csak egy olyan obscenitásrendeletet, amely olyan nyíltan szexuális tartalmú filmekre vonatkozna, amelyek a szodomitát eroticizálják és mutatják be rendkívül élvezetes szexuális cselekvési formaként. Feltehetőleg e rendelet nézőpont-specifikussága nem jelentené akadályt annak, hogy alkalmazzni lehessen olyan filmekre, amelyek annúgy megfelelnek a *Miller*-tesztnek. A filmet be lehet tiltani, ha célja szexuális izgalomkeltés vagy másképpen megbotránkoztatás, és ha nem tartalmaz komoly esztétikai vagy politikai értéket. Hasonlóan a tény, hogy az indianapolisi rendelet a túrvényesítés hátrát egy meghatározott nézőpont szerint jelöli ki, jelöl, hogy helytelen a nőket az erőszakot élvező, szexuális tárgyakként ábrázolni, nem helyezi a rendeletet azon az alkotmányos rendszeren kívül, amelyet a Legfelső Bíróság az obscenitás szabályozására alkotott.³⁷

³⁵ *Federal Communications Comm n n Pacifica Found.*, 438 U S 720, 748 50 (1978) megjegyzi, hogy a sugározott elektronikus média részéről "a legkorlatotzonabb Elso Alkotmánykiegészítés védelmében," mivel mindenhoz eljut, és gyerekek számára is hozzáférhető.

Nemrégiben a Legfelső Bíróság szigorú figyelmeztetésben részesítette az államot azért, mert széleskörű hatalmát alkalmazta a szólás egy úgynevezett nem védett kategóriájával szemben azért, hogy így részesítse előnyben a politikai vita egyik résztvevőjét a másikkal szemben.³⁸ A szóban forgó eset a „támadó szavak” (*fighting words*) kérdését tárgyalta, nem az obszcenitását, de Scalia legfelső bírósági bíró, álláspontját igazolandó, az ítélet indokolásában többször alkalmazott egy, az obszcenitástémából származó példát. Úgy vélekedett, hogy nincs különbség egy, a toleranciát elősegíteni kívánó, a „támadó szavak” elleni részbeni vagy szelektív tilalom és az „obszcenitás” szólásszabadság alóli kivételének kormánykritikus vélemények elfojtása céljából történő manipulálása között. Javaslatának kiindulópontjaként kijelentette, hogy alkotmányellenes lenne „egy olyan rendelet életbe léptetése, amely csak azokat az obszcén tartalmakat tiltaná, amelyek kritikusak a város kormányzatával szemben, vagy nem rendelkeznek a város kormányzatának támogatásával.”³⁹

Úgy tűnhet, hogy az indianapolisi terjesztési rendelkezések beleütköznek Scalia bíró bírálatába, mivel a rendelkezés az egyenlőség eszméjéhez kapcsolódik: csak a nőket alávetett helyzetben ábrázoló vagy alávetettségüket hirdető szavak vagy képek törvénytelenek – szemben a nőket felemelő vagy egyenrangúan ábrázoló tartalmakkal. Azonban Scalia bíró világossá tette, hogy nem minden szelektív szabályozást utasít el, még azokat sem, amelyek tartalmi jellegű megkülönböztetéseken alapulnak, hanem csak azokat, amelyekben – hasonlóan az általa használt obszcenitás-városvezetés példához – a tartalmi alapú diszkrimináció független volt a beszéd „kimondottan elítélendő tartalmától”.⁴⁰ Panaszul rótta fel a tárgyhoz nem tartozó, külső tartalmi diszkriminációt.

Scalia bíró ellenségessége a tartalmi alapú diszkriminációval szemben azon a félelmen alapszik, hogy az hajlamos „bizonyos eszméket vagy véleményeket kiterelni a gondolatok piacáról”,⁴¹ ám ilyen veszélyt nem érzékelt, amikor szelektív tiltást definiáló tartalmi diszkrimináció kapcsolódik azon okokhoz, amelyek miatt az állam számára egyáltalán megengedett a beszéd szabályozása.⁴² Ennek megfelelően Scalia bíró elismerte, hogy a szövetségi kormány megteheti, hogy csak azokat az erőszakos fenyegetéseket kriminalizálja, amelyek az Egyesült Államok elnöke ellen irányulnak, mivel ahogy írta: „az okok, melyek miatt az erőszakos fenyegetések kívül esnek az Első Alkotmánykiegészítésen (azért, hogy az erőszaktól való

³⁸ *R.A.V. v. City of St. Paul*, 112 S. Ct. 2538 (1992).

³⁹ Uo. 2543.

⁴⁰ Uo.

⁴¹ Uo. 2545.

⁴² „Amikor a tartalom szerinti megkülönböztetés alapja tartalmazza az okot, amely miatt a szóban forgó szólás egész fajtája szabályozás alá esik, a vélemény vagy nézőpont szerinti diszkrimináció veszélye jelentéktelen.” *R.A.V.*, 112 S. Ct. 2545

félelemtől, a félelem következtében keletkező kaosztól és a fenyegető veszély kitűzésétől, a félelem követeitől meg lehessen védeni az embereket) különös jelentőséget kapnak, amikor az elnök személyéről van szó.⁴³ Hasonlóan, amikor a teljesítés tiltása kiváltszti bizonyos nyíltan szexuális képeket vagy anyagokat, különösen is azokat, amelyek a nőket alárendeltként ábrázolják, ezen kiváltszti oka szorosan kapcsolódik azon indokok egyikeéhez, amelyek miatt az obscenitás egyáltalán tiltott: hogy a nők védve legyenek az erőszaktól és a szexuális támadásoktól.⁴⁴

Az eddigiekben amellett érveltem, hogy ellentétben Eastertrook bíró véleményével, az Indianapolisi rendelet teljesítését tiltó rendelkezése összhangban van a Legfelső Bíróság obscenitással kapcsolatos kialakított álláspontjával. A legfőbb, ami mondható, hogy az Indianapolisi rendelet alkalmazása egyes esetekben megtiltható, attól függően, hogy – először is – mi pontosan a kérdéses publikáció tartalmára vonatkozó korlátozások szab az állam számára. Ha a Legfelső Bíróság állásfoglalása megengedő, akkor az Indianapolisi rendelet teljesítését tiltó rendelkezéseket helyben kellene volna hagyni, jöjjön, az egyedi esetekre vonatkozó korlátozásokkal. A teljesítési rendelkezéssel szembeni mélyebb ellenérzés azokról jön, akiknek általában is súlyos kényelmetlenségek vannak az obscenitás szabályozásával kapcsolatban. E csoportba tartozik a liberális közosság jó része, közülük sokan olyanok, akik a feminista mozgalmat támogatják. Ők nem azért vonják kétségbe az Indianapolisi rendelet teljesítését tiltó rendelkezést, mert az összeütközésben áll az obscenitás szabályozása terén, hanem mert úgy vélik, hogy a Legfelső Bíróság hajlandósága az obscenitás szabályozására elfogadására önmagában súlyos kompromisszum a szólásszabadság védelme iránti elkötelezettség vonatkozásában.

⁴³ Uo. 2546.
⁴⁴ A kényszerített cselekvéssel, a kiterjesztett megtekintéssel és a fizikai erőszakkal kapcsolatos rendelkezések olyan szexuális szabályozások, melyeknek része a tartalom törvényt megkérdőbízó, ám e tartalmi megkérdőbízó nem tekinthető külső megkérdőbízóknak. E rendelkezések minden esetben egyértelműen behatárolják a szabály Scalia bíró által megállapított kivételét. Az egyik kivétel megengedi az államnak, hogy megkérdőbízó eljárással részese a beutazó beszéd egy, tartalom alapján meghatározott alkategóriáját, ha az alkategória a beszéd úgynevezett „másodlagos barátsághoz” köthető, ahogy kijelentette: „Az állam például megengedheti az összes obszcen elbűvészt, kivéve azokat, amelyekben kiskorúak szerepelnek.” Uo. 2456. Egy második kivétel, amelyet a VII. Cím alatt „szexuális zaklatás” fogalomban foglaltakra tekintettel alkotnak meg, megengedi, hogy az állam a tartalom alapján megkérdőbízóztatást abban az esetben, amikor a törvény „nem beszél, hanem bánásmód ellen irányul”, és amikor a szabályozási rendszer a beszédet „véletlenül

korlátozzák a művészek, írók és kiadók abbéli szabadságát, hogy eszméiket és nézeteiket a publikumhoz közvetíthessék. E kritikusok az Első Alkotmánykiegészítésre mint az egyén autonómiájának védelmezőjére tekintenek: a szabadságra, mely lehetővé teszi, hogy bárki azt mondhassa, amit szeretne. Nekem ugyanakkor az Első Alkotmánykiegészítés ilyen értelmezése nem tetszik, sem mint jogállami, sem mint filozófiai elv, minthogy nem indokolja meg, hogy a beszélő autonómiáját miért helyezi azok autonómiája fölé, akiknek a beszéd kárt okoz, vagy akiket az sért. A filmkészítők kincsként óvják abbéli szabadságukat, hogy olyan filmeket csináljanak, amelyet akarnak, és éppígy ragaszkodnak szabadságukhoz az írók vagy a kiadók is. Ám az nem világos, hogy az ő szabadságuk miért fontosabb más emberek azon szabadságánál, melynek révén meghatározhatják, hogy milyen munkákkal kívánnak találkozni, vagy hogy milyen környezetben kívánnak élni.

A Legfelső Bíróság obszcenitás-doktrínájának második kritikája amely Alexander Meiklejohn⁴⁵ munkásságához köthető, és számomra meggyőzőbb az Első Alkotmánykiegészítésre inkább a kollektív önrendelkezés, semmint az egyéni autonómia eszközeként tekint. Az Első Alkotmánykiegészítés alapjául szolgáló elméletet a demokráciához kapcsolja, azaz megállapítja, hogy a szólásszabadság biztosítja a nyilvános eszmecserék és döntések, az erőteljes közéleti viták feltételét. Nyilvánvaló, hogy az olyan beszéd, amely kimondottan a kormányzati politika körébe tartozó kérdésekkel foglalkozik, közvetlen és azonnali védelmet élvez a szólásszabadság ezen elmélete alapján. Azonban a képzőművészet és az irodalom is védelem alatt áll, még az is, amelyikben egyáltalán nincs szó politikáról és kormányzati ügyekről. Ahogy Meiklejohn leszögezte: „Hiszem, mint tanár, hogy az embereknek szükségük van regényekre és drámákra és festményekre és versekre, »mert ezek fogják őket elvezetni a politikához.«”⁴⁶ A képzőművészet bármely formája, még a nyíltan szexuális művészet is lehet politikailag értékes, és mint ilyen, megkérdőjelezhetetlenül része annak, amit közéleti vitának neveztem az emberi cselekvés azon körének, melyet az Első Alkotmánykiegészítés védelmezni és gyarapítani kíván.

⁴⁵ Lásd Alexander MEIKLEJOHN, *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People*. New York, Harper & Brothers, 1948. 27. Az Első Alkotmánykiegészítés védi a különböző vélemények megvitatását mint az önkormányzás alapelvét; Alexander MEIKLEJOHN: *The First Amendment Is an Absolute*. 1961 *The Supreme Court Review* 245, 255. Az Első Alkotmánykiegészítés védi a kormányzati folyamathoz szükséges gondolatokat és tetteket.

⁴⁶ Alexander MEIKLEJOHN: *The First Amendment Is an Absolute*. (45. l.), 263. Idézi Harry KALVEN Jr.: *Metaphysics of the Law of Obscenity* 1960 *The Supreme Court Review*. 1, 16. [Az angol eredeti ben: „I believe, as a teacher, that the people do need novels and dramas and paintings and poems »because they will be called upon to vote«”. Jack Balkin szerint a „vote” itt metaforikusan értendő, és kevésbé konkrétan „szavazásként”.]

A hagyományos intézkedések, melyek a szexuálisan szókimondó publikációk visszaszorítására irányulnak, azzal fenyegetnek, hogy anélkül korlátozzák és csökkenti a közéleti viták erőteljes voltát, hogy ahogy azt az erőszakra való uszítást vagy a rágalmazást tiltó törvények teszik, valamely értéket ajánlamanak cserébe, és ezért nagy óvatosságot kívánnak. Az indianapolisi rendelet terjesztéssel kapcsolatos rendelkezése ugyanezt a veszélyt jelenti a szabad szólásra, bár ezen intézkedés szűkebb jogkörrel bír, mint a hagyományos obszcenitás szabályozás. A rendelet többek között tiltja az olyan nyilvános szexuális képzőművészeti és irodalmi tartalmak terjesztését, amelyek úgy ábrázolják a nőket, mint akiknek érzelmi örömet jelent a szexuális erőszak. A nem erőszak rettentés, és a legghatározottabb módon elítélendő. Ugyanakkor az erőteljes közéleti vitát támogató doktrína alapján a nem erőszakot ábrázoló vagy tárgyaló műveket korlátozó törvény nem lehet elfogadhatóbb, mint az a törvény, amely a házasságtörés vagy a szadomasochizmus élvezetes és kíváncsiak kivételével magasztaló képzőművészeti és irodalmi munkák terjesztését tiltja.

Lehetnek, akik különbözőket látnak egyik oldalon a nem erőszak, másikon a házasságtörés vagy szadomasochizmus között, mert míg a megértőszakolt nő egy bűncselekmény áldozata, addig a házasságtörésben vagy szadomasochizmusban a felek önkéntesen vesznek részt, és utóbbiakban általában a törvény sem talál kivételt. Szintén igaz, hogy a házasságtöréssel és talán szadomasochizmussal is ellentétben a nem erőszak, vagy az attól való féltelm hozzájárul egy hátrányos helyzetű csoport alávetettségbe taszításához, és így alapjaiban sérti meg az alkotmányt az egyenlőség vonatkozásában. Ezeket mind beláthatjuk, de ettől még az Első Alkotmánykiegészítés alapján nem jutunk más eredményre. A demokrácia megkívánja, hogy minden törvény vonatkozásában, beleértve az egyenlőség alkotmányos szavatolását is, mindig nyitva álljon a lehetőség az újragondolásra, átalakításra vagy hatálytalansításra. Határozottan visszautasítom azt a napjainkban leginkább Robert Bork⁴⁷ munkásságához kötődő elképzelést, hogy az Első Alkotmánykiegészítés a törvénytelen vagy épp alkotmányellenes megnyilvánulásokat nem részesíti védelemben. Kölcsonvéve a megfogalmazást a Legfelső Bíróságtól: az Első Alkotmánykiegészítés értelmében nincs olyan, hogy téves gondolat.⁴⁸

Az Első Alkotmánykiegészítés értéke felfogása nem fosztja meg az államot minden hatalmától. Természetesen szabadon törvényen kívüli helyezheti a nemkívánatos tettekre való felhívást, és bármely törvénytelen cselekedetre uszítást. Például, míg az állam nem tilthatja a kormány erőszakos megdöntésének általános támogatását, nyilvánvalóan szabadon bűncselekménynek nyilváníthatja a kormány erősz-

⁴⁷ Robert H. Bork, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, 47 *Indiana Law Journal* 1 (1971).

⁴⁸ *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 418 U.S. 323, 339 (1974).

kos megdöntését vagy az e cselekedetre való uszítást.⁴⁹ Uszítás akkor történik, amikor egyéneket arra hívnak fel, hogy részt vegyenek valamely tiltott tevékenységben, és ha a dolog már túljutott a megvitatás fázisán. Amikor beszédnek már nincs helye.

Meglehet, hogy Indianapolis gyakorolta ezen elismert előjogát, amikor kártérítést állapított meg azok javára, akik pornográf művek közvetlen következtében erőszak áldozatai lettek. Érthető módon a terjesztési rendelkezés felfogható úgy, mint az erőszakra való uszítás megfékezésének eszköze. Amíg a kártérítés kiszabásának lehetősége is támogatja azt, meglehet, hogy elrettentőleg hat az erőszakot eredményező megnyilatkozásokra. Ugyanakkor rendkívül nehéz lehet a károk megállapítása, mivel a rendelkezés érvényesítésekor még nem történt meg az erőszak, így a terjesztésre vonatkozó jogsértést valószínűleg csak a cselekmény abbahagyására való felszólítás útján lehet megszüntetni. Az uszítás-elmélet még ebben az esetben is megkívánná, hogy esetről esetre kimutatható legyen, hogy a szólás túllépett valamely gondolat népszerűsítésén, és közvetlenül uszított azonnali törvénytelen cselekedetre. Nyomtatott művek esetén e mérce nehezen érvényesíthető; bár filmek esetében talán kevésbé nehéz.

Az állam akkor is megakadályozhatja egy eszme általános terjesztését, amikor e terjesztés összeütközik mások szóláshoz való jogaival. Ebben a vonatkozásban az állami szólástilalom nem korlátozza vagy szegényíti a közügyek megvitatását, hanem paradox módon szélesíti azt azáltal, hogy lehetővé teszi minden álláspont megjelenését. Az állam nem cenzor módjára cselekszik, hanem mint parlament, azaz törvényhozási ügyrendi szakértő, megkívánva valakitől, hogy hallgasson azért, hogy valaki más szólhasson. Vitathatatlan, hogy az indianapolisi rendelet terjesztési rendelkezése igazolható lehet azon az alapon, hogy a pornográfia elhallgattatja a nőket.⁵⁰ Ám, megint csak az általános cenzurális hatalom elszabadulását megelőzendő, fontos megkülönböztetni két különböző elhallgattató folyamatot.

⁴⁹ Lásd például *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 447 (1969) – az erőszakra való felhívás megakadályozása csak akkor alkotmányos, ha a felhívásból törvénytelen cselekvésre való uszítás lett; lásd még *KALVEN* (33. l.), 119–236. felvázolja az uszítással kapcsolatos, Első Alkotmánykiegészítés alóli kivételek alakulását.

⁵⁰ Lásd *MACKINNON: Francis Biddle's Sister*. (1. l.), 193. – a pornográfia minden nőt elnémit a hitelesség lerombolása és az értéktől való megfosztás révén; Catharine A. *MACKINNON: The Sexual Politics of the First Amendment*. In: *MACKINNON: Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law*. Harvard University Press, 1987. 206, 208–09. Az Első Alkotmánykiegészítés abszolútizálása védi a pornográfiát, „a férfiak azon szólását, amely a nők szólását némitja el”. Ez az esszé MacKinnon professzor válasza Easterbrook bíró véleményére. Az elnémitási elmélet tovább fejleményeivel kapcsolatban lásd Frank I. *MICHELMAN: Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: The Case of Pornography Regulation*. 56 *Tennessee Law Review* 291 (1989). Egy rövid válaszcikk minderre lásd Ronald *DWORKIN: Two Concepts of Liberty*. In: Edna *ULLMANN-MARGALIT* / Avishai *MARGALIT* (szerk.): *Isiah Berlin. A Celebration*. University of Chicago Press, 1991. 100. 108–09.

Az egyik a gondolatokban történik. Egyedül az üzenet tartalmának lezúrtése révén jön létre. A pornográfia, különösen az a fajta, amely a terjesztési rendelkezés hatálya alá esik, méltán értelmezhető annak követeleseként vagy sugalmazásaként, hogy a nők hallgassanak, vagy erőszak révén hallgatassák el őket. Olybá tűnhet, mintha a pornográf mű létrehozója azt mondaná, hogy „nők nem szólalhatnak meg” vagy hogy a „nőket nem szabad komolyan venni”. Feltehető a kérdés, hogy a pornográfia, még a terjesztési rendelkezés alá tartozó brutális fajta is, leegyszerűsítendő-e erre a gondolatra vagy tekinthető-e ezen gondolat támogatásának. De még ha szemelhető is így módon a pornográfia, tartózkodnánk attól, hogy kizárólag ezen az alapon támogassam az állami szabályozást. Részben azért húzódoznék ettől, mert kétem, hogy a nőket elhallgatatni kívánó követeles vagy sugallat önmagában hatáson lenne. Mondani valamit nem jelenti azt, hogy amit mondanak, az meg is történik. Attól is tartok, hogy egy efféle elhallgattató folyamat elismerése ideológiák egész csoportját vonná ki a közéleti vitákból, nevezetesen azokat, amelyek bizonyos emberek némaságát vagy elnémítást követelik („Old a zsidókat”, „Legyen újra rabszolgaság”, „Legyen újra rabszolgaság”). Az élet e bolygón jelentősen jobb lenne, ha e gondolatok nem járnának körbe folyton, ám ha az államnak megengednénk a tillásukat, akkor így az államnak adnánk a hatalmat, hogy meghatározza, mely gondolatok valhatnak a közéleti viták részévé, és ez a hatalom összeegyeztethetetlen lenne az Első Alkotmánykiegészítés alapjául szolgáló értékekkel, a népszuverenitással.

A második elmélt mechanizmus szociológiai jellegű. Ez nemcsak a gondolat magával kapcsolatos („nők nem szólalhatnak meg”), hanem azokkal a lyamatokkal és körülmenyekkel is, amelyek során a gondolat közhírré térül és terjesztésre kerül. Itt nem de Sade márkira lesz panaszs, vagy arra, hogy a nemierőszakot erotikázó film vagy regény készül, hanem a pornográfia előállítása-nak produkciós, illetve ipari vetületeire, arra, hogy kultúránkat állandóan az e gondolatot népszerűsítő könyvekkel, magazinokkal és filmekkel bombázzák. Ez esetben az aggodalom forrása nem egy meghatározott képzőművészeti alkotás vagy irodalmi mű, hanem az, hogy a nők tudják, hogy mindenhol – Indianapolisban, New Yorkban vagy Rómában – feltehető azon könyvek, magazinok, filmek és videokazetták özöne, amelyek olyan szexuális tárgyként ábrázolják őket, akiknek szexuális élvezetet okoz, ha megértőszakolják, gúzsba kötik vagy megcsónkítják őket. Jelen esetben nem egy meghatározott könyv, magazin vagy film, hanem e társadalmi gyakorlat az, ami féltelmet kelt a nőkben és lelkükbe vési a hallgatást, vagy amely arra vezet féltelakat, hogy ügyet se vessenek arra, amit a nők mondanak, vagy ne vegyék őket komolyan; és e társadalmi gyakorlat az, ami elszegényíti a közéleti vitákat és alapot ad Catharine MacKinnon dühének:

„Minket megfosztottak a tekintélyunktől, lefokoztak, értéktelenné tettek és elnémitottak.”⁵¹

Számos faktor közreműködik a nők elhallgattatásában. Nem mindennek a pornóipar az oka, és talán még ennél is kevesebbnek oka az olyan különösen brutális pornográfia, amely a terjesztési tilalom alá esik. Csak durván megbecsülni lehet, hogy mennyi efféle anyag forog közkezen, és végzi gyászos munkáját nők és férfiak tudatában, vagy formálja más módon kultúránkat. Az alkotmányban azonban nem szerepel semmi, ami egy törvényhozó testületnek megtiltaná, hogy úgy döntson, hogy az ilyen publikációk terjesztése következtében a nőkre gyakorolt némitó hatás mértéke elegendő ahhoz, hogy az alapul szolgáljon egy korlátozási kísérlethez. E kérdés eldöntését megintcsak nyugodtan rábízhatjuk a törvényhozóra.⁵²

Az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos bíraskodásban van egy tradíció, amely szerint az ítélethozatalkor a bírák önállóan mérlegelik a lehetséges indokokat az adott publikáció vagy film terjesztésének felfüggesztésével kapcsolatos eljárásban. Ez a gyakorlat melynek fénykora a Warren-féle Legfelső Bíróság obszcenitással kapcsolatos bíraskodására⁵³ esik a szólásnak tulajdonított különleges jelentőségben gyökerezik, és mint ilyen, demokratikus rendszerünk szívében helyezkedik el. Az efféle különleges felülvizsgálat nem teljesen felel meg az indianapolisi rendelet kontextusának, mindamellett a szólás egyszerre a szabályozás tárgya és indokolása; korlátozza a pornográf műveket előállítók és terjesztők szólását a nők szólásának elősegítése érdekében. E körülmények között a tények törvényhozó általi megítélésével szemben különlegesen szkeptikus attitűd az Első Alkotmánykiegészítés ellenében hathat.

Mindamellett, még ha a törvényhozók részesülnek is a kötelező tiszteletben, nem tagadható, hogy a szólás érdekében bevezetett terjesztési tilalom különféle következményeit feltáró elméletem meglehetősen igénybe venné a bíróság képzelőerejét és idejét. A bíróság elé kerülő konkrét technikai kérdés minden esetben az lenne, hogy az adott film vagy publikáció megfelel-e a rendelet pornográfia-definíciójának. Ám, hogy az Első Alkotmánykiegészítés kívánalmait érvényesül-

⁵¹ MACKINNON: *Francis Biddle's Sister* (1. lj.), 193. Különösen sokféleképp jelentkezhet ez a kár addig a mértékig, míg a terjesztési rendelkezést sértő anyagok a szemérem elleni erőszakot, a csonkítást és a bántalmazást szexuálisan izgató szórakozásként állítják be, ezáltal elbagatellizálva ezen erőszakos cselekményeket azoknak (a férfiaknak) a szemében, akik az állami törvényhozás és közigazgatás gépezetének működtetéséért felelősek.

⁵² Lásd MICHELMAN: *Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument* (50. lj.), 307.

⁵³ Warren, a Legfelső Bíróság főbírája maga ellenezte e gyakorlatot az alábbi az ügyben: *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184, 202 (1964) - Warren főbíró, különvélemény: érve szerint a „Legfelső Bíróságnak nem [szabad] a legfőbb cenzor szerepébe helyezkednie”, minden egyes új tényanyagról egyenkénti ítéletet hoznia. Az Első Alkotmánykiegészítés úgynevezett „technikailag preferált álláspontja” (*technical preferred position*) vonatkozásában lásd KALVEN I.m. (33. lj.), xxvii.

jenek, a bírónak a teljes környezetet értékelnie kell, melyben a kérdéses munka megjelent, hogy meg tudja ítélni, hogy annak valóban volt-e a nők elnémító hatása, vagy még pontosabban, hogy a törvényhozásnak lehetett-e jó oka ilyen hatást feltételezni. Beszélnek-e és meghallgatatainak-e a nők? Elnémítva-e és hiteletlenít-e őket a pornóipar? Mennyibe járul hozzá a szóban forgó munka a pornóipar hatalmához? Megjelenít-e a kérdéses munka valamely sajátos nézőpon- tot, amely védelemre szorul annak érdekében, hogy elkerüljük egy gondolat elné- mítását?

E kérdések, és az összes többi is, amely szűkséges az elnémítás-elmélet gyakorlati vizsgálataához, rendkívül mértékben kontextusfüggők és széles körben vizsgálá- landók; ám nem teljesen idegenek a szólásszabadság-jogi bíráskodás számára. Már előrevetettük őket a *Miller*-teszt harmadik ága, amely a művészeti alkotás eselle- ges komoly politikai vagy esztétikai értékétől teszi függővé a szólas védelmét. Egy másik jogterület példáját alkalmazva, összehasonlítva szociológiai vizsgálatok szűkségeinek annak megállapításához, hogy összeesküvésre felszólító cselekvés fe- lől döntő ítéletben lehet-e hivatkozni a nyilvánvaló és közvetlen veszélyre (*clear and present danger*). Ez különösen igaz, ha – ahogy Learned Hand* leszögezte a kommunista összeesküvéssel kapcsolatos esetekben – a bírónak egyeztetnie kell te- kintetbe vennie a veszély súlyát és bekövetkezésének valószínűségét.⁵⁴ Sőt, legye- nek bármily meglehetősen az ilyen vizsgálatok, az érték, amelynek szolgáltatásban állnak és amely igazolja őket a demokratikus vita erősítése. A jog célja nem a bi- ráskodás megkönnyítése, hanem az igazságáttétel biztosítása.

Az indiaanapolisi rendelet mint egész, az egyenlőséget való aggodalomban gyö- keredzik, és ez igaz a terjesztési tilalomra is. Nem az ügyekben megjelendő brutális pornográfiaival kapcsolatos ellenszenv vagy undoron alapul, bár nyilván ez a té- nyező is jelen van a kérdésben, hanem egy apró lépése kíván lenni a nők alávetett- séget eredményező társadalmi folyamatok megszüntetéseért folyó küzdelemnek. Csupán az egyenlőséget mint a Tizennegyedik Alkotmánykiegészítés egyik érté- ket felhozni a terjesztési korlátozás védelmében nem oltja ki a szabad szólassal kapcsolatos ellenvetéseket, ha csak nem állapítjuk meg valahogy az egyenlőség ki- válmányának elsőbbségét Ugyanakkor, ha megértjük, hogy az egyenlőséget nem szükséges csakis a Tizennegyedik Alkotmánykiegészítésből levezethető önálló értékként szemlélnünk, hanem hogy az éppenséggel rendelkezik az Első Alkot-

* Neves amerikai bíró és jogfilozófus (1872–1961).

⁵⁴ *United States v. Dennis*, 183 F.2d 201, 202 (2d Cir 1950) – „[a bíróságoknak] minden egyes eset- ben fel kell térniük a kérdést, hogy vajon a »gemosz« sulya, valószínűségének megfelelő mértékűre csökkente, igazolja-e a szólásszabadságba való beavatkozást azzal az indokkal, hogy megelőzzük a veszélyt”, megértésin 341 U.S. 494 (1951)

mánykiegészítésből származó jellegzetességekkel is, a terjesztési rendelkezéssel kapcsolatos alkotmányos kérdés teljesen új megvilágításba kerül. A demokrácia megkívánja, hogy mindenkinek egyforma esélye legyen arra, hogy hallassa a hangját, és hogy meghallgattassék. A pornóipar legextrémebb formái ellen alkotott terjesztési rendelkezést nem a demokrácia ellenségének, hanem barátjának kellene tekinteni: egy erőfeszítésnek, amely a szabad és nyílt vita alapfeltételeit kívánja megteremteni.

Állami aktivizmus
és állami cenzúra

5.

Lehet az állam valaha a szabadság barátja? Ez volt a fő kérdés, ami a Yale-en tartott szólásszabadság-örölmön, illetve e kötet eddigi esszéiben foglalkoztatott. E kérdés többnyire a szokásos kontextusokban jelent meg, amikor az állam mint szabályozó lép fel, leginkább úgy, mint rendőr. Egy korábbi helyen e kötetben elismertem, hogy az állam fontos szerepet tölt be a politikai szabadság kifejtésében, amikor támogatás cselekvését, például közoktatást vagy közkönyvtárakat tart fenn. Ennek ellenére a témában nem sok eset került a Legfelső Bíróság elé, így az állam ilyen típusú tevékenysége elenyésző mértékben bukkant fel az órái mon és az irásaimban.

Am 1989-ben hatalmas botrány tört ki a Nemzeti Művészeti Alap (National Endowment for the Arts, NEA) egy döntése felett, amikor is az Alap támogatotta Robert Mapplethorpe új fotográfijának kiállítását. Az úgy nem eredményezett döntést a Legfelső Bíróság részéről, de vádemelés történt obscenitás tárgyában, alakult egy elnöki bizottság, és több szenátusi döntés született, amelyek közül az egyik egy új irányítási rendszert szabott az NEA számára. A Mapplethorpe-kiállítás, amely a máig ható botrányt kiváltotta, kiváló alkalmat teremtett számomra, hogy megvizsgáljak egy sor problémát a társadalom iránti kérdésekben.

Először is, megvizsgálom a Mapplethorpe-kiállítást a Wadsworth Alumnusumban, Hartford városában (Connecticut) 1989 őszén. Ahogy elhagyom a kiállítást, felfigyeltem bennem, hogy végre megértettem azt a társadalmi dinamikát, mely Amerikát egy ma elképzelhetetlen leírta vezette. James Joyce Ulyssesének cenzúrázására arra is rájöttem, hogy ahhoz, hogy a társadalmi dinamikát vizsgáljam, szükségem lesz a kiállítás megértésére az órák, Két diákom, Elizabeth E. deGracia és Donald W. Hawthorne segítségével kivétlen tanulmányban, ez az esszé megjelent a Yale Law Journal-ban.

A publikációt megelőzően megmutattam e tanulmány nyersvázait egy jogászokból és filozófusokból álló csoportnak – akik SELF (Society of Ethical and Legal Philosophy) néven ismeretek, mely társadalmi magam is tartoztam évek óta. Igazából a könyv összes esszéje sokat köszönhetett az e társasággal folytatott eszmecserének. Jelen tanulmány a társaság egy tagját, Charles Friedet különösen inspirálta, aki Szólas a jóléti államban (Speech in the Welfare State) címmel választotta ki közölni, amely a University of Chicago Law Review-ban jelent meg 1992-ben.

Az Első Alkotmánykiegészítés legnagyobb sikereit a büntetőjog kordában tartása területén érte el. Valóban, a szabad szólás hagyománya alapvetően olyan esetek mentén szökött szárba, melyekben egy sor különféle bűncselekményért fogtak perbe embereket: rendzavarásért, erőszakra való uszításért, szolgálatmegtagadásért, a kormány megdöntését célzó szervezkedésért, lázító rágalmazásért vagy obszcén kiadványok terjesztéséért. A történet szerint a Legfelső Bíróság először hibásan a cenzorral értett egyet, hozzájárult e vádak alapján született ítéletek érvényben maradásához, ám az 1930-as évek évektől egyre több korlátot helyezett a rendőri hatalom efféle alkalmazásának útjába. Az állam meghatározott elvek alapján olykor letartóztathat és vád alá helyezhet beszélőket – a szólásszabadság nem abszolút, ám ez csak rendkívüli esetekben történhet meg.

Az elmúlt években megszokhattuk, hogy az állam nem csak mint rendőr, hanem mint oktató, munkáltató, háziúr, könyvtáros, médiaszolgáltató, bankár vagy művészetpártoló is tevékenykedhet. A huszadik század során rendkívül megnőtt az állam hatalma, és még inkább megszorodtak azok a módok, ahogyan e hatalmat gyakorolni lehet. Amikor az aktivista állam amerikai felemelkedéséről beszélünk, akkor nem csupán az állami szerepvállalás mennyiségi növekedésére utalunk, hanem ennél fontosabb, hogy megváltoztak az állami szerepvállalás módjai: a szerepvállalástól való távolmaradás, mint negatív szerep felől elmozdulás történt a támogató szerep irányába. E fejlemény politikailag és társadalmilag igen fontos volt, és ugyanakkor az Első Alkotmánykiegészítés számára új kihívásokat jelentett. Tekinthető-e a szabad szólás korlátozásának, ha egy közkönyvtár nem enged gyűjteményébe egyes radikális könyveket? Vagy az, ha egy állami iskola tanítja az evolúciót, de nem tanítja a kreacionizmust? Vagy az, ha egy állami tulajdonban lévő tévécsatorna támogatja az atomenergia felhasználását, de nem ad lehetőséget a környezetvédő csoportoknak ellenvéleményük kifejtésére?

E kérdések latolgatása során a Legfelső Bíróság megerősítette, hogy az Első Alkotmánykiegészítés az állami hatalom negatív és támogató alkalmazására egyaránt vonatkozik, ám fogas kérdésnek bizonyult a testület számára annak meghatározása, hogy pontosan *hogyan* vonatkozik rájuk. A legáltalánosabban úgy hangzik a kérdés, miszerint kell-e a Legfelső Bíróságnak kettős mércét alkalmaznia; azaz hogy a hatalom támogató használatát enyhébb szigorral ítélje-e meg annál, ahogyan az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos büntetőjogi esetek kapcsán ítélik. Ezt a kérdést járom körül e tanulmányban és elemzésem tárgya a Robert Mapplethorpe és a Nemzeti Művészeti Alap (NEA) körül kialakult alkotmányos és politikai vita. A vitát Jesse Helms, Észak-Karolina állam szenátora robbantotta ki, amikor tiltakozott az ellen, hogy Mapplethorpe kiállítását közpénzből támogatták. Bár az eset nem jutott a Legfelső Bíróság elé, a Mapplethorpe-botrány több mint egy évig országos ügy volt. A sajtó napi rendszerességgel cikkezett az esetről, amely egy bűnvádi eljárást, egy elnöki bizottság létrehozását és több törvényhozási szavazást is eredményezett, továbbá összetett kérdéseket fogalmazott meg azzal kapcsolatban, hogy a modern demokráciáknak miként kell alkalmazkodniuk az államhatalom gyakorlásában bekövetkezett változásokhoz.

emelték a múzeum és annak vezetője ellen azért, mert megszegtek egy helyi rendeletet, amely tiltja az obszcenitás terjesztését (*pandering of obscenity*).² Az igazgató 2000 dollár pénzbüntetésre és egy évi elzárásra számíthatott, ha elítélik, a múzeumot pedig 10 000 dollár büntetés fenyegette. A vádemelés 1990 tavaszán történt, nem sokkal a kiállítás megnyitása után, és a nagy közérdeklődést kiváltó, több hétig tartó per végén az esküdszék felmentette a vádlottakat. Mint minden esküdszéki döntés esetében, ezúttal sem lehetett tudni, hogy végül min bukott el a vád: ellenszenves volt talán az ügyész? A bizonyítás hiányosságai miatt? A meggyőződésen, hogy a képeket védi az alkotmány? A Cincinnati hírneve fölötti aggodalom miatt? Ugyanakkor viszonylag nyilvánvaló, hogy a vád nem állt volna meg az Első Alkotmánykiegészítéssel szemben: ha az esküdszék ellenkezőleg döntött volna, akkor eljárásra került volna a sor, és az ítéletet megsemmisítették volna.

Az obszcenitás kérdésében a Legfelső Bíróság az stratégiája az állami cenzúra oly módon történő korlátozása volt, hogy az obszcenitás alkotmányos meghatározása révén meghúzta az államhatalom külső határát: azok a kiadványok, amelyekre nem érvényes az obszcenitás szűkre szabott alkotmányos definíciója, védelemben részesülnek. E stratégiát az 1957-es *Roth v. United States*³ esetben alkalmazták először, az 1960-as években az olyan esetekben bukkan fel, mint a *Fanny Hill*⁴ című könyvhöz fűződő per, legutóbb pedig az 1973-as *Miller v. California*⁵ esetben ítéleztek ez alapján. Mint ahogy arra kitértem az előző fejezetben, a *Miller*-döntés értelmében az állítólagos obszcén kiadványok létrehozásának vagy terjesztésének tilalma megállhat, ha a tiltani kívánt anyag egészében (1) szex iránt érzéki érdeklődés kielégítésére szolgál,⁶ (2) a szexuális tevékenységet

² A múzeum és az igazgató ellen kiskorúak meztelen ábrázolásának és obszcenitás terjesztésének vádjai alapján indult büntetőeljárás. A vád hét fotográfiára alapozta indítványát. Kettő közülük a gyerekeket ábrázoló kép volt, további öt pedig az X, Y, Z sorozathoz tartozott. Az X, Y, Z sorozatból származó képek egyiken egy férfi egy másik szájába vizel, egy másik képen egy péniszbe dugott ujj-hegy látható, további három kép pedig egy férfit ábrázol, aki különféle tárgyakat illeszt a végelébbe: egy korbács nyelét, egy hengert és egy kezét. A henger alakú tárgy vélhetően egy dildó, a kéz pedig öklöbe van szorítva. A kiállítás katalógusa, Janet KARDON – Robert MAPPLETHORPE: *The Perfect Moment* (1988) nem tartalmazza a kiállításon bemutatott összes művet, és, főképp egyetlen alkotást sem tartalmaz az X, Y, Z sorozatból, amelyre a cincinnati ügyész hivatkozott.

³ 354 U.S. 476, 484–85 (1957).

⁴ *A Book named „John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure” v. Massachusetts*, 383 U.S. 413 (1966).

⁵ 413 U.S. 15 (1973).

⁶ Kinek az érzékisége? Míg a Legfelső Bíróság a *Miller*-ben az „átlagemberről” beszélt, a „normális vagy perverz” szexuális aktust is belevette azon példák közé, amelyekkel az állami obszcenitástörvények hatókörét írta le, más alkalmakkal pedig úgy alakította a mércét, hogy tekintetbe vehesse azt a tényt, hogy az állítólagosan obszcén műveket egy úgynevezett „deviáns közönségnek” szánták. *Pinkus v. United States*, 436, U.S. 293, 301–03 (1978); *Ward v. Illinois*, 431 U.S. 767, 773 (1977); *Mishkin v. New York*, 383 U.S. 502, 508–10 (1966).

egyértelműen megbotránkoztató módon mutatja be, (3) és nélkülöz bármely komoly társadalmi, esztétikai vagy politikai értéket.

Mint ahogy a vádindítvány tárgyat képező alkotást egészen egyszerűen kell tekinteni, kétséges, hogy a Mapplethorpe-kiallításával szemben megáll-e akár az érdeklődés felkeltesének, akár pedig az egyértelmű megbotránkoztatás vádja. E kérdések kapcsán talán lehet helye vitának, ám teljesen más a helyzet, ha a Miller-teszt harmadik „hegyét” vesszük szemügyre, amely a mű társadalmi értéket irtja, és mint ilyen, az alkotmányos védelem hatályán kívülre tekeríti a közönséget és a hitványt, azaz az olyan műveket, amelyek nem kapcsolódnak semmilyen elképzelhető módon az Első Alkotmánykiegészítés értékeihez. Nyilvánvaló, hogy Mapplethorpe művei nem ilyenek.

Ha csak az esztétika felől közelítünk, már akkor is jelentős teljesítményt nyújtott a Mapplethorpe-kiallítás Fotográfiai nidegek; a viták és a testek élete-
lennek tűnnek – ahogy említettem, mintha csak szobrok lennének –, ám eredeti és sok szempontból megkapó esztétikai tapasztalatot nyújtanak. A tény, hogy az ország legnevesebb múzeumaiból jó néhány bemutatja a kialakítást, a művek esztétikai értékét tette a cincinnati per során a védelem kulcsfontosságú érvévé, és az országos művészeti szakmai nyilvánosság vezető szereplőinek tanúvallomása alátámasztotta ezt az esztétikai véleményét. Mindamellett fontos látni, hogy Mapplethorpe munkái politikai dimenzióval is rendelkeznek, ami a Miller-teszt általi védelemért kiált, még erőteljesebben, mint az esztétikai érték tette.⁷ A kialakítás politikai jelentősége a tartalmi revelatív erejéből származik. Közszemlére tette a meleg közösség életét és tetteit, mely csoport sokáig marginális volt Amerikában, és amelynek tagjai közül sok áldozatot szed manapság az AIDS. A kialakítás választ adott a meleg közösség duhós tiltakozására: „Hallgathat Halál.” A Mapplethorpe-fotográfiaik tanúságaitól voltak a meleg közösség életének, határozottan támogatva az erőtől való nézeteket, megmutatták a közönség szexuális szokásainak teljességét, melyek olykor meglehetősen

⁷ A cincinnati ügyész stratégiája, mely a két gyerekképet külön kezelte, megmagyarázható egy helyi rendelettel, amely kimondottan tilja a gyerekek meztelen képeinek közzevitelét. Ám az a döntés, hogy a másik öt képet is külön kezelje, azon előírás ellenére, hogy a bemutatott munkát amilyen esetben is kiállítsa, de legalább az X, Y, Z sorozat mint egészét kell a vizsgálat tárgyává tenni, engem arra enged következtetni, hogy az ügyész a saját feladatát próbálta szabotálni. E feltevésezt erősíti az ügyész bizonyítási rendszerének gyengesége. A vád mindössze négy tanút vonultatott fel. Három közülük rendőr volt, akik tanúsították, hogy a kialakítást valóban megtekintték. A negyedik tanú egy ügynevezett kommunikációs szakértő volt, aki a *New York Times* szerint „korábban pornográfiaellenes csoportokkal dolgozott, és művészetet szakértelmű főképp azon alapul, hogy a 'Captain Canagaroo' című tévéműsornak dalokat írt”. *Obscenity Jurors Were Pulled 2 Ways*, *New York Times*, Oct. 10, 1990 at A12, col 4.

⁸ Mapplethorpe munkájának politikai vonatkozásait elemzést lásd Ingrid Sischy: *Photography White and Black* *New Yorker*, Nov. 13, 1989, at 124. Minor White és Mapplethorpe kiállításának kritikája; Amy Adler: *The Tragedy of Contemporary Art in America* (May 1990) (kézirat).

durvák. A meghitt találkozásokat – amilyen például a csók – az átlag múzeumlátogató talán még vonakodva elfogadja, míg az X, Y, Z sorozat szadomazochisztikusnak nevezhető jelenetei ugyanezt a múzeumlátogatót arra készíthetik, hogy szembesüljön saját toleranciájának korlátaival, és hogy kritikailag viszonyulhasson azokhoz.

A sorozat egyes képei – például amelyik Helms szenátor leírása szerint „meztelen férfi, hátsó feléből kiálló korbáccsal”⁹ megdöbbenést váltottak ki a hagyományos gondolkodású emberekből, egészen hasonlóan ahhoz, amint egy zászlóégetés váltana ki belőlük. Az olyan meleg politikai szervezetek, mint az „ACT UP” vagy a „Queer Nation” konfrontatív taktikájához hasonlóan e fotográfiák arra készítetik a nézőt, hogy ráébredjen a meleg közösség léteire, illetve szükségleteikre. E felszólításnak különös fontosságot adott az AIDS-válság, amelyről sokan vélték, hogy a tény, hogy a betegséget nem szorítják vissza, összefüggésben áll azzal, hogy egy olyan csoportot érint, amelynek szenvedését a velük nem rokonszenvező közvélekedés figyelmen kívül hagyja, mert arra lényegtelenként, vagy ami még rosszabb, megérdemeltként tekint. A kiállítás egyik legmeggrázóbb képe, talán az egész tárlat emblematisztikus darabja egy 1988-as Mapplethorpe-önarckép, amely egy évvel a halála előtt készült, és amelyen csupán arca és jobb keze kap megvilágítást, miközben a háttérben csak a feneketlen sötétség látszik. Arca megviseltnek tűnik, szeméi távoliak és nyugodtak, jobb keze egy sétatálcát markol, melynek feje egy koponyát formáz, és hasonlóan Mapplethorpe-hoz, a nézőre mered.

Ily módon értelmezve a Mapplethorpe-kiállítást a Miller-tesztet alkalmazva jelentős politikai értékkel bírt. Igazából úgy vélem, hogy már csak ezen az alapon is védelmet kellett volna kapnia az obszcenításra hivatkozó vádemeléssel szemben. De nehezebb megítélni a kiállítás által kiváltott másik állami reakció jogosságát a szövetségi támogatások elvesztését. Történelmünk során a művészetet Amerikában döntően a piac és az egyéni jótékonykodás tartotta el, ám az 1970-es évektől a szövetségi kormány a Nemzeti Művészeti Alapon (NEA) keresztül egyre növekvő szerepet játszott a művészeti tevékenység támogatásában és fenntartásában. Az 1990-es pénzügyi évben az NEA számára elkülönített összeg körülbelül 140 millió dollár volt.¹⁰ A Pennsylvanai Egyetem Institute for Contemporary Art nevű múzeuma mintegy 30 000 dollárnyi támogatást kapott az NEA-tól a Mapplethorpe-életműkiállítás megrendezésére. A kérdés itt az, hogy olyan körülmények közepette, melyek nyomán a kiállítás védett az obszcenításra hivatkozó vádemeléssel szemben, a kormány alkotmányosan cselekszik-e, ha megtagadja e támogatás folyósítását.

1989 júniusában tört ki a vita a Mapplethorpe-kiállítás támogatásáról, amikor Helms szenátor megtudta, hogy a Corcoran Képzőművészeti Galéria (Gallery of

⁹ Senate Passes Compromise on Art Endowment. *New York Times*, Oct. 25, 1990, at C19

¹⁰ Act of Oct. 23, 1989, Pub. L. No. 101-121, tit. II. 103 Stat. 701, 738.

Art), a neves magánmúzeum Washingtonban készül a kiállítást bemutató. Helms szenátor Mapplethorpe munkáját „szemérmék” nyilvánította, és nyilvánosan tiltakozott az ellen, hogy szövetségi forrásokat fordítsanak a kiállítás támogatására.¹¹ A Corcoran kurtóra, feltehetőleg azt megelőzendő, hogy a botrány révén az NEA állami finanszírozása, vagy pedig a Corcoran NEA-hez benyújtott jövőbeli pályázatai veszélybe kerüljenek, úgy döntött, hogy mégsem rendezik meg a kiállítást.

A Corcoran döntése a kiállítás elhatalasításáról felháborította a művészvilágot, és nem túl meglepő módon nem elégtette ki vagy hallgattatja el a döntés kongresszusai kritikáit. Az azon az öszön hozott támogatási rendeleiben a Kongresszus az NEA számára elküldött összegekből levonta az Institute for Contemporary Art számára a Mapplethorpe-kiállítás megrendezésére megítélt összeget. A rendelet továbbá megszabta az NEA számára, hogy határidőre napos várakozási időt alkalmazzon minden olyan esetben, amikor az Institute for Contemporary Art részére ismét támogatást kíván adni.¹² Nem kizárólag a Mapplethorpe-kiállítás ihlette a korlátozásokat. Helms és követői úgy számítottak, hogy a korlátozások általánosítása révén a jövőben meg lehet előzni azt, hogy a Mapplethorpe-éhoz hasonló művészeti alkotásokat támogatassanak a Kongresszus által megszavazott alapokból. Kemény dő volt azon művészeti alkotások definiálása, amelyek méltatlanok lennének az NEA támogatására, és jököra terhet rótt a jogászok képzésére és a politikuskok tárgyalási készségeire. Az eredmény az úgynevezett Helms-kiegészítésben öltött testet, amely így rendelkezett:

Az alap () nem fordítható olyan művek támogatására, terjesztésére vagy előállítására, amelyek a Nemzeti Művészeti Alap itelele alapján obscénnek tekintendők, beleértve nem kizárólagos jelleggel – olyan műveket, amelyek szadomasochizmust, homoszexualitást, gyermekszexuális kizsákmányolását vagy egyéneket olyan szexuális cselekvésekre irányítják, amelyek egészében nem képviselnek komoly pedagógiai, képzőművészeti, poltikai vagy tudományos értéket.¹³

Bár a Helms-kiegészítés a *Miller*-teszt nyelvet kölcsönözte, az intézkedés annál vastagabb cenzúrával fogott, és olyan művészeti alkotások finanszírozását tiltotta meg, amelyekre nem vonatkozott volna a *Miller*-teszt szűken szabott obszcenitás-definíciója. Helms szenátor valóban olyan szabály létrehozására törekedett, amely

¹¹ 135 Cong. Rec. S8807-08 (daily ed. July 26, 1989) Helms szenátor nyilatkozata.
¹² Act of Oct. 23, 1989, Pub. L. No. 101-121, tit. II, 103 Stat. 701, 738. Hasonló, esetre szabott szankciókat tartalmazott az az 1989-es rendelet is, mely a Southeastern Center for Contemporary Art in South California nevű múzeumnál szemből lépett fel, amely egy másik művet támogatott – Andres Serrano fotográfiáját, amelyek egy részét vízleibben ázták, ami által kiváltoa a Kongresszus tagjainak haragját.
¹³ Lásd Fenn, § 314(a), 103 Stat. at 741.

bármiféle „illetlen” művészet kormányzati forrásokból történő támogatását megtiltotta volna.¹⁴

A Helms-kiegészítés a Kongresszus által 1989 nyarán elkülönített támogatásokra vonatkozott, és így szükségképp érvényét veszítette, amikor az 1990-es költségvetési év véget ért. Ám a Mapplethorpe-kiállítás támogatása kapcsán kirobbant vita nem ült el, és újabb fejezetéhez érkezett 1990 nyarán, amikor a Kongresszus felülvizsgálta az NEA működését, és megítélte számára költségvetését. Az 1990 novemberében elfogadott szenátusi rendelet, éppen a cincinnati esküdtszék döntése után és éppen az esedékes kongresszusi választások előtt, egy új szabályzatot fogadott el az NEA számára, amely még ma is érvényes. Az új rendelkezés kerülte ugyan az eredeti Helms-kiegészítés nyelvezetét, ám nem kevésbé jelent éppoly komoly, de talán kevésbé látható veszélyt a művészi szabadságra.

Egy bizonyos szinten az 1990-es rendelet tompítani látszik a Helms-kiegészítés cenzurális életét. A rendelet még mindig kimondja, hogy „obszcenitás (...) nem finanszírozható”,¹⁵ de az obszcenitás meghatározását a dokumentum a bíróságokra bízta, és a rendelet által alkalmazott mérce a háromelemű *Miller*-tesztet adaptálja. Mindamellett a rendelet tartalmaz szankciókat obszcenitás esetére: amennyiben az NEA által megítélt támogatás révén létrejött munkáról megállapítja a bíróság, hogy az obszcén, a támogatást vissza kell fizetni, és a művész vagy a kedvezményezett addig nem jogosult további támogatásokra, amíg a teljes összeget vissza nem térítette.¹⁶ Ez az eljárás némi aggodalomra ad okot, mivel a szankciók súlyosítása fokozhatja a tagállami obszcenitási törvények elrettentő hatását, így esetleg elriasztva művészeket olyan alkotások létrehozásától, amelyek amúgy az alkotmány védelme alá esnének.

Még ennél is ijesztőbb az 1990-es szenátusi rendelet azon intézkedése, amely az NEA vezetőjének szerepét szabályozza a pályázati támogatások odaítélésében. A múltban a támogatásért beadott pályázatokat szakértői kuratóriumok bírálták el, általában a pályázó szakmájából kikerülő múzeumi szakemberek vagy művészek vettek részt e munkában. E szakmai ajánlások valóban „ajánlások” voltak, de a

¹⁴ Helms szenátor eredetileg az alábbi kiegészítést javasolta.

A jelen törvény által megítélt támogatás nem fordítható olyan művek támogatására, terjesztésére vagy előállítására, amelyek

(1) obszcénak vagy illetlenek, így különösen olyan művek, amelyek szodomazochizmust, homoeroticizmust, gyerekek kizsákmányolását vagy egyének szexuális cselekvéseit ábrázolják, vagy
(2) amelyek bármely vallás vagy világnézet híveinek hitét vagy jelképeit gyalázzák; vagy
(3) bármely rasszhoz, felekezethez, nemhez, életkorhoz vagy nemzetiséghez tartozó, vagy testi fogyatékkal élő személyt, csoportot vagy állampolgárok egy csoportját gyaláznak vagy lealacsonyító módon ábrázolnak.

¹⁵ Arts, Humanities and Museum Amendments of 1990. Pub. L. No. 101-512, § 103(b), 104 Stat. at 1915, 1963 (1990).

¹⁶ Lásd fenn § 103(b), 104 Stat. at 1965-66.

gyakorlatban mégis az azokban leírtak számlítottak a kedvező bírálat általában a támogatás megítélését eredményezte.¹⁷ Az 1990-es felülvizsgálat ezen eljárás megszüntetését javasolta, bár nem fogalmazta meg, hogy e bírálati eljárás pontosan milyen rendszernek kellene hogy átadja a helyét.

A rendelet maga nem tesz annál többet, mint hogy az NEA vezetőjét utasítja a támogatások feletti végső döntés meghozatalára.¹⁸ Mindamellett id. Bush elnök ki nevezett egy bizottságot a Helms-kiegészítést övező vita időszakában, és az általuk kiadott – 1990 szeptemberében, a kongresszusi vita kelles közepén közzétett – beszámolót úgy kell tekinteni, mint az 1990-es rendelet vitájának részét.¹⁹ A beszámoló adottnak veszi, hogy az NEA vezetője továbbra is figyelembe veszi a szakmai kuratóriumok ajánlásait, ám annak érdekében, hogy a támogatások megítélésének felelőssége sokkal jobban az NEA vezetőjének kezében összpontosuljon, a beszámoló azt javasolja a kuratóriumoknak, hogy jóval több támogatásra érdekes jelöltet terjesszenek föl díjazásra.

Milyen szempontokat vesznek majd figyelembe a döntésének meghozatalakor? Ebben a kérdésben az 1990-es rendelet egyértelműen fogalmaz: Arra utasítja az NEA vezetőjét, hogy biztosítsa, hogy „a döntés a pályázatokban megjelenő művészi kiválóság és érdem alapján születik, amely emellett tekintettel van az általános illem (*decency*) szabályai és az amerikai közvélemény sokszínű hitének és értékeirendszerének tisztelté alai szabott kiválalmakra is (...)”.²⁰ Amikor az 1990-es rendelet az NEA vezetőjét „az általános illem szabályainak” figyelembevételére utasítja, akkor egyben a Helms-kiegészítést az NEA működési szabályait irányító elvő avatja. Az NEA vezetőjét így már nem köti a *Miller*-teszt, és megtagadhatja a Mapplethorpe-éhoz hasonló vállalkozások finanszírozását, még akkor is, ha egyébként azokra nem vonatkoznak az obszcenitás alkotmányos defíciói, és így nem lehetne ellenük büntetőeljárást indítani. Az NEA vezetője érvelhet úgy,

¹⁷ Lásd Independent Commission, Report to Congress on the National Endowment for the Arts 26 (Sept. 1990).

¹⁸ Arts, Humanities and Museum Amendments of 1990, Pub. L. No. 101-512, § 106(c), 104 Stat. at 1915, 1968. Az 1990-es rendelet folytatja a pályázatok értékelésének korábbi gyakorlatát, amelynek során szakmai kuratóriumok fogalmaznak meg minden művészeti területen ajánlást arra nézve, hogy zott (andcsadó testület) kiker támogatasson, és a Tanács tesz ajánlásokat az NEA vezetőjének a támogandó művészek vonatkozásában. Az 1990-es rendelet egyértelmű felhatalmazást ad az NEA vezetőjnek, hogy megvethassza ezen ajánlásokat, ám a Tanács által nem támogatott pályázatok számára nem tehetett meg támogatást.

¹⁹ Lásd: Independent Commission (17. j.). A Független Bizottságot (*Independent Commission*) a Kongresszus hozta létre, tagját George H. Bush elnök nevezte ki. Act of Oct. 23, 1989 Pub. L. No. 101 121, § 304(c), 103 Stat. 701, 742.

²⁰ Arts, Humanities and Museum Amendments of 1990, Pub. L. No. 101 512, § 103(b), 104 Stat. at 1915, 1963.

hogy az illető pályázat megsérti „az általános illem szabályait”, és teheti ezt még akkor is, ha a mű a Legfelső Bíróság mércéje szerint megállapítható komoly esztétikai vagy politikai értékkel bír. És ha így érvel, akkor Helms szenátor elérte célját.²¹

²¹ A Helms-kiegészítés életbe lépését követően John Frohnmayer, az NEA vezetője bevezetett egy olyan szabályt, amely minden nyertes pályázótól megkívánta, hogy azok aláírják a fogadalmat, amelyben kijelentik, hogy tartják magukat a Helms-kiegészítésben foglaltakhoz. Lásd *Grants Rule Testimony by Arts Chief*, *New York Times*, May 2, 1990, at C13, col. 1. E fogadalom még a Helms-kiegészítésre is nagyobb felzúdulást váltott ki, és a Nemzeti Művészeti Tanács javasolta, hogy az NEA törölje el a fogadalom aláírásának követelményét. Frohnmayer ezt megtagadta. Sőt, amikor az NEA általános működési támogatást nyújtott egyes művészcsoporthoz vagy galériának, és felmerült a gyanú, hogy az általuk létrehozott művek összetűzésbe kerülhetnek a Helms-kiegészítés normáival, az NEA követelte, hogy a támogatottak nyújtsák be minden egyes kiállító művész nevét, illetve minden egyes mű leírását. Ezen intézkedések mintegy megelőlegezték Frohnmayer 1989 novemberében tett lépését, amikor is, kevesebb, mint egy hónappal azután, hogy elfoglalta hivatalát, visszahívta egy AIDS-szel kapcsolatos, „Tanúk: Hogy ne tűnjünk el” (*Witnesses Against Our Vanishing*) című kiállítás támogatását azon az alapon, hogy a kiállítás túl „politikus” volt. Döntésének indoklásaként utalt a kiállítás katalógusában az egyik részt vevő művész által írt esszére, amely kemény szavakkal kritizálta többek között John O'Connor New York-i bíbort és Helms szenátort a homoszexualitással és az AIDS-szel kapcsolatos álláspontjuk miatt. Frohnmayer így érvelt: „Szilárdan hiszek az emberek Első Alkotmánykiegészítés által védett lehetőségében, hogy elmondhassák véleményüket, de az Alap nem az ilyen szólás támogatásáért van.” *Front Page: NEA Chairman Does Turnabout on AIDS Exhibition*, *Art in America*, Jan. 1990, at 31. Két héten belül Frohnmayer megváltoztatta döntését, de kikötötte, hogy a támogatás nem fordítható a katalógus kiadására. *Arts Endowment Withdraws Grant for AIDS Show*, *New York Times*, Nov. 9, 1989, at A1, col. 1; *National Arts Chief, in a Reversal, Gives Grant to AIDS Show*, *New York Times*, Nov. 17, 1989, at A1, col. 1; *Frohnmayer's Folly*, *Art Examiner*, Feb. 1990, at 20. Az NEA irányításáról a Helms-kiegészítés időszakában és az 1990-es rendelet valószínűsíthető következményeiről lásd általában Brian Wallis *Bush's Compromise: A New Form of Censorship?* *Art in America*, Nov. 1990, at 57. A fogadalomtétel követelménye számos pert eredményezett, melyek kezdeményezői olyan szervezetek voltak, akiknek az 1990-es pénzügyi évben visszatarították a támogatásukat, mert megtagadták a fogadalom aláírását. Az egyik ilyen per azzal ért véget, hogy 1991 januárjában a szövetségi kerületi bíróság Los Angelesben a fogadalom tartalmát alkotmányellenesen homályosnak találta. *Bella Lewitsky Dance Found. v. Frohnmayer*, 1991 U.S. Dist. Lexis 332, No. 90-3616 (D.C. Cal. Jan. 9, 1990). Egy másik per, amelyet a New York-i New School for Social Research indított, azzal ért véget egy hónappal később, hogy az NEA visszavonta a fogadalom kívánalmát az 1990-es pénzügyi évben támogatottak tekintetében. *Arts Agency Voids Pledge on Obscenity*, *New York Times*, Feb. 21, 1991, at C4, col. 6. Mindamellett az 1990-es rendelet egy rendelkezése értelmezhető hasonló követelményként, amikor megköveteli az NEA által támogatottaktól, hogy „szavatolják, hogy a támogatott vállalkozás megfelel a Rendelet által megkívánt művészi kiválóság és művészi érdem mércéinek”. *Arts, Humanities, and Museum Amendments of 1990*, Pub. L. No. 101-512, § 103(g), 104 Stat. 1915, 1964-65 (1990). A rendelet megszabja továbbá, hogy a támogatást az NEA részletekben utalja át, és az utolsó egyharmadot akkor, ha „az NEA vezetője megbizonyosodott arról, hogy a támogatás kedvezményezettje alapvetően betartotta (...) azokat a szabályokat, amelyek betartása feltétele volt a támogatás megítélésének.” Lásd fenn.

A legtöbb vélemény, és talán a Legfelső Bíróság többsége szerint sem jelent semmiféle, az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos problémát az 1990-es rendelet ezen illem-mércéje, ám én ezt nem így gondolom. Azzal kezdeném, hogy az állami támogatás nem ajándék, vagy olyan cselekményért járó jutalom, amely a juttatás hiányában is megtörtént volna. A támogatások nemhogy nem fölöslegessé, de teremítő erejük van: az NBA olyan művészeti alkotásokat, előadásokat vagy kiállításokat támogat, amelyek egyébként nem jönnének létre. Ezt többféle módon teszi: például jóvedelmet biztosít a művészek részére, hozzájárul a kiállítás költségeihez, vagy ösztönöz pályázatokra írt ki a művészek vagy a művészeti terjesztői számára. Az Institute for Contemporary Art részére a Mapplethorpe-kiállításhoz nyújtott támogatás például batortított vagy lebecdítette a Mapplethorpe-kiállítás létrehozását. A támogatás megtagadása azt eredményezhette volna, hogy a tárlatot elvonta volna a közönség elől, vagy korlátozta volna az ahhoz való hozzáférést. Egy pályázat elutasítása a pályázó művész számára nem jár olyan durva következményekkel, mint a legrosszabb időkben, amikor az obszcenitása vádja nyomán elítelt művész a börtönben buslakodhatott. A közvélemény szempontjából a hatás ugyanakkor hasonló: elzár bennünket a művészettől.

Természetesen kormányzati támogatás híján is létrejöhetnek művészi törekvések, és bemutatathatók a publikumnak. Alternatív források is fellelhetők, mint ahogy lehet, hogy ez történt volna a Mapplethorpe-kiállítás esetében is az Institute for Contemporary Art eredeti pályázatainak sikeretelensége esetén. Ebben az értelemben egy pályázati források, akár szövetségi támogatások megtagadása tévén megvalósuló tiltás nem abszolút és nem univerzális. Harry Kalven kifejezését kölcsönve ez egy „résztartó szankció”.²² Azt hiszem, hogy bizvasit elmondható ez a bünvádi eljárásról is. Egy művész vagy egy műzeumi igazgató dönthet úgy, hogy

²² Harry Kalven, Jr.: *A Worthy Tradition: Freedom of Speech in America* Harper & Row, 1988 301. 3. Kalven megkülönbözteti a bünetöljogi megtörást (amit közzvelen vagy föllás megtörásnak nevez) a résztartó megtörástól, mely megkülönböztetés alapja a motívációban keresendő: „Egyértelmű, hogy mi az állami célja a bünetöljogi megtörással. Célja az elítélendő művek megsemmisítése; semmi más célja nincs, mint hogy lebecsülje a beszélt aról, hogy azt

elszenvedi a büntetőjog szabta következményeket (például büntetést fizet, vagy bizonyos ideig börtönben ül), mintsem, hogy a hallgatást válassza. Vagy pedig, ahogy az a Mapplethorpe-esetben nyilvánvalóvá vált, a büntető szankciónak földrajzi korlátai lehetnek, mivel a büntetőtörvény érvényesítése jórészt a tagállamok és a kisebb közigazgatási egységek feladata, amelyek hatásköre korlátozott. A Mapplethorpe-kiállítás Cincinnatiben obszcenitás vádjával történő vádemelés eredményezett, de sem Philadelphiában vagy Hartfordban, ahol korábban volt látható, sem Bostonban, a kiállításkörút következő állomásán nem vezetett ilyen eredményre.

Ily módon helytálló következtetésnek tűnik, hogy egy támogatás megtagadásának a közvéleményre gyakorolt hatása nagyjából megegyezik a művész ellen indított vádemelés hatásával, mivel mindkettő hallgatást parancsol a művésznek, vagy a kiállítások esetében elérhetetlenné teszi a művész munkáját az átlagos múzeumlátogató közönség számára. Bonyolódik azonban a helyzet, ha az alkotmányosságnak okozott kárt akarjuk felmérni. A büntetőjogi kontextusban a kár pusztán mennyiségileg is meghatározható a közvéleményhez potenciálisan eljutó megnyilvánulások átlagos mennyiségének tükrében. Valóban, az obszcenitásra hivatkozó vádemelésre adott válaszukat főként az az ismert nézet motiválta, hogy minél több a szólas, annál jobb; az obszcenitás háromelemű definíciójának szerepe az, hogy az elnémitó hatást az abszolút minimumra korlátozza. A támogatások esetén ugyanakkor egy további elem is fontos a kár azonosításához, mert a szűkösség a döntési folyamatot elosztási folyamattá alakítja.

Mindig több pályázó lesz, mint ahánynak a kormányzati forrásokból juthat, és így versengeni fognak a támogatásokért. Az egyiknek juttatott támogatás egy másik pályázótól való megtagadás is egyben. A Mapplethorpe-kiállításnak nyújtott pályázati összeg növelte annak a lehetőségét, hogy a művek eljussanak a közönséghez, viszont ugyanezen összegtől más művészek elestek, így csökkentve annak lehetőségét, hogy munkáik eljussanak a publikumhoz, és így ők bizonyos értelemben el lettek hallgattatva. Ellenkező esetben, ha nem kapott volna a kiállítás támogatást, Mapplethorpe munkája csak korlátozottabban találhatott volna utat a közönséghez, és feltételezhetjük, hogy az így felszabadult források nem parlagon heverték volna, hanem azokat megkapta volna egy másik művész, akinek a mun-

mondja, amit mond. Ezzel ellentétben létezik egy másik típusú helyzet is, amikor a tét csupán valamiféle előnyben részesítés, és az állam célja és motivációja ekkor messze nem egyértelmű.”

Lásd fenn, 301. Úgy tűnik azonban, hogy ez a megkülönböztetés az állam céljának téves jellemzésén, vagy talán azok tökéletlen leírásán alapul. Az állami vádemelés büntetőjogi kontextusban fenyegethet a szólas elnémitásával, mint azt Kalven hangoztatja, ám célja, motivációja jóval összetettebb, és valójában nem különböző, vagy nem kevésbé kétértelmű, mint a támogatás kontextusában. Például kijelenthető, hogy az obszcenitás-vádemelés célja vagy motivációja nem a beszéd elnémitása, hanem cél lehet a szexualitás vagy a morál normáinak megőrzése vagy védelme, vagy a szexuális erőszak vagy más szexuális támadások megelőzése, ami viszont megkívánhatja a szólas korlátozását.

kája így több emberhez jutott volna el. Eszerint az az elhallgatattatás, melyet a támo-
gatók való megfosztás okoz, másfajta természetű, mint a vádemelés okozott
hallgatás. A különbség abból származik, hogy az elhallgatattatás természetes velejé-
ről minden döntések, ahol szétosztástól határoznak.²³

Ezen a ponton nagy a csábítás, hogy felhagyjunk a hatás elemzésével és a bün-
tezői kontextussal szemben inkább tisztán procedurális fogalmak szerint defini-
áljuk az alkotmányos kárt. Míg a büntetőjogi kontextusban a kár az elnémító
hatásból származik, amelyet az obszcenitás alkotmányos definíciója igyekszik a
minimumon tartani, a szétosztás kontextusában nem a némtő hatás a baj, hanem
az az ok vagy kritérium, amely alapján a szoban forgó szétosztás történt. Ezen né-
zet szerint az Elso Alkotmánykiegészítés egy szabállyá zsugorodna, amely ki-
mondja, hogy a választás a támogatást jelentkezők között nem történhet tiltott
kritérium alapján.

E nézetet támogatandó, azzal az alkotmányos doktrínával vonhatunk párhuza-
mot, mely a nők és a hörszín alapján megkülönböztetett kisebbségek számára szü-
kösön hozzáférhető javak – mint mondjuk a munkahely – szétosztására vonat-
kozik. E kontextusban a Legfelső Bíróság felhagyott a kései 1960-as és korai
1970-es években kezdett gyakorlatával, és az 1976-os *Washington v. Davis*-esetet
követően azt az álláspontot foglalta el, hogy az alkotmányos kár nem a hatásban
(az alkalmazás megtagadása), hanem a tiltott kritérium (rassz vagy nem) hovatár-
tozás) használata révén áll elő.²⁴ Nehezen felfogható számomra a Legfelső Bíróság

²³ A pomográfia ellen indított feminista támadás a közelmúltban amit a 4 fejezetben elemzünk
a nőket szexuális tárgyként elbíráló kiadványok szabad terjesztését részben felelősnek tartja a nők
elhallgatattatásért. Lásd általában Catharine MacKinnon *Feminism Unmodified. Discourses on Life
and Law*. Harvard University Press, 1987 127-213. Maga a szövetség, és nem az állam cselekvése felelős
az elhallgatattatásért, azon elmélet alapján azonban, mely az állam nem-cselekvését is cselekvés-
ként értelmezi, a felelősség visszavezethető az államra azon döntése által, hogy a kérdéses esetekben
nem emel vádat. Bár sok szempontból rokonszenvesnek találom ezt az állítást, ettől még az képtelen a
szétosztás és a büntetőjogi kontextusok elkülönítésére. A feminista által hangsúlyozott elhallgatattatás
művészekre kiterjedő módon is elhallgatattatás kérdése, az egyrészt azáltal, hogy egyes művészek
nem kapják meg a támogatást, másrészt pedig a támogatást élvező műalkotások ingyenes terjesztése
révén.

²⁴ Összehasonlításként vedd össze például *Caston County v. United States*, 395 U.S. 285 (1969),
Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424 (1971), *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Bd. of Educ.*, 402
U.S. 1 (1971) és *Keyes v. School Dist. No. 1*, 413 U.S. 189 (1973) ezzel *Washington v. Davis*, 426 U.S.
229 (1976), *Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Dev. Corp.*, 429 U.S. 252 (1977),
Personnel Adm. v. Feeney, 442 U.S. 256 (1979) és *Wards Cove Packing Co. v. Atonio*, 490 U.S. 642
(1989). A Legfelső Bíróság ezt a procedurális megközelítést olykor a „motivációra” vagy „szándék-
ra” alkalmazza, kevésbé a „kritériumra” vagy „alapra”. Ertől az elmozdulástól az iskolák kontextusá-
ban lásd az állásfoglalásomat *Second Circuit's Annual Conference*, 74 *Federal Rules Decisions* 219,
276 (1976); és a cikket: *School Desegregation: The Uncertain Path of the Law*, 4 *Philosophy and
Public Affairs* 3 (1974).

ezen irányváltása az egyenlő védelem vagy a hátrányos megkülönböztetés esetében, és még ennél is problémásabbnak tartom, amikor azt a szabad szólással összefüggésben alkalmazzák.

Míg a hátrányos megkülönböztetés kontextusában még lehetséges számba venni a tiltott kritériumok (bőrszín, vallás, nemzetiség, nem stb.) véges és jól ismert listáját, a szabad szólás kontextusában nem nagyon adódik efféle kézenfekvő lista. Milyen kritériumokat tilt meg az Első Alkotmánykiegészítés? Egy esetben, mely egy könyvtárral volt kapcsolatos, Brennan legfelső bírósági bíró hasonló dilemmával szembesült, és hogy tiszteletben tartsa a tartalmi semlegesség általános normáját, a tiltott kritérium két felfogását alkalmazta: egyet nem értés egy gondolattal; és a vágy az illető gondolat elfojtására. Úgy érvelt, hogy a könyvtár döntése egy könyv gyűjteményből való eltávolításáról nem hivatkozhat arra, hogy nem ért egyet a könyvben foglalt gondolatokkal és hogy vágya, hogy elfojtsa a szóban forgó gondolatokat.²⁵ Mint minden elosztási kérdés ügyében, a könyvtárbeszerzések és a gyűjteményből való eltávolítás eseteiben is világossá kell tenni, hogy mely osztályozási elv alapján tesznek bizonyos műveket hozzáférhetővé az olvasóknak, és melyek alapján nem tesznek hozzáférhetővé. Nem teljesen világos, hogy az Első Alkotmánykiegészítés miért tiltaná, hogy e döntés a nézetek elfogadásának vagy elutasításának szempontján alapuljon, vagy egyéb, a könyvek tartalmára adott reakción. Az elosztás kontextusában a tartalommal kapcsolatos semlegességnek nincs sok értelme, minthogy mindig választani kell a versengő gondolatok közül, és az erre a feladatra szerződött tisztviselőnek a tartalmakat kell szemügyre

²⁵ *Board of Educ. v. Pico*, 457 U.S. 853 (1982). Ebben az esetben Brennan bíró, a bíróság többségének véleményét tolmácsolva ezt írta: „Ha a keresetet benyújtóknak az eltávolítást elrendelő döntések az volt a szándékuk, hogy megakadályozzák az alperesek hozzáférését olyan gondolatokhoz, amelyekkel a felperesek nem értettek egyet, és ha ez a szándék volt a döntő tényező a döntésükben, akkor a felperesek a rájuk bízott feladatot alkotmányos módon végezték.” Lásd fenn, 871 (lábjegyzetek elhagyva). Érvelését egy megengedett kritérium azonosításával folytatta. „Másképp viszont az alperesek határozólagosan elismerik, hogy nem lenne tetten érhető az alkotmányellenes motiváció, ha kimutatható lenne, hogy a felperesek azért döntöttek a könyvek eltávolítása mellett, mert azokat teljesen áthatotta a vulgaritás.” Lásd fenn. Általában véve Brennan bírónak az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos felfogása, amely ebben az esetben is megmutatkozik, azon a meggyőződésen alapul, hogy meg kell védeni a nyilvánosság hozzáférését a vitatott gondolatokhoz, és hogy el kell kerülni a szemellenzős szemléletet. Az, hogy a *Pico*-ügyben a döntéshez használt kritériumon volt a hangsúly, nem összeegyeztethető e megközelítéssel, mint arra Rehnquist bíró is utalt különvéleményében. Lásd fenn. 915–18. Rehnquist bíró szabad kezet adna az államnak a támogatások odaítélésében, azt az esetet kivéve, amikor kimutatható, hogy a döntés „elsődleges célja veszélyes gondolatok elfojtása volt.” *FCC v. League of Women Voters*, 468 U.S. 364, 407 (1984) – Rehnquist bíró, különvélemény. Idézi többek között *American Communications Ass'n v. Douds*, 339 U.S. 382, 402 (1950). Egy későbbi esetben, *Rust v. Sullivan*, 500 U.S. 173 (1991) Rehnquist bíró többséget szerzett véleményének, amely hatályban tartotta azt az intézkedést, amely megtiltotta a szövetségi alapok igénybevételét az abortusszal kapcsolatos segítséget, ügyintézési és tanácsadást nyújtó családsegítő szolgálatoknak.

vennie. Nyilvánvaló, hogy könyvek beszerzésének vagy a művészeti díjakat kiosztásának a tartalom alapján kellene történnie.

Sőt mi több, még ha a tiltott kritériumot valamely sajátosság alapján azonosít-
hatnánk is, akkor is rendkívül körülíményes lenne az elosztási kritériumokra nézve
Első Alkotmánykiegészítés-szerpontú megközelítést alkalmazni. Ez különösen
igaz az 1990-es NEA-rendelet által elosztott támogatásokra. E megközelítés maga
után vonja a döntés okának vagy alapjának vizsgálatát, és ahogy azt már tudhat-
juk a hátrányos megkülönböztetés kontextusából, egy elosztási döntés esetében
nem mindig lehetséges minden kétséget kizáróan megállapítani, hogy az milyen
konkrét megfontoláson alapszik. Képzeli csak el, hogy egy szakmai kuratóri-
um az NEA vezetőknek benyújtott ajánlásában egy tucat művészt terjeszt fel, akik
közül azonban csak egy támogatásra van lehetőség. A vezető meghozza döntését,
azán a pályamű „művészi kiválósága” alapján indokolja azt. Hogyan lehet a bír-
ság biztos abban, hogy a vezető döntésében valóban ez volt a döntő elem, és nem
valamely más (még nem azonosított), tiltott kritérium alapján döntött, vagy – hogy
Brennan bírónak a könyvtáras esetben használt kifejezésével éljünk – nem vala-
mely „alkotmányellenes motíváció” ösztökélte a vezetőt döntése során? Nyilván-
való, hogy a jogrendszer képes megküzdenni az ilyen kérdésekkel azáltal, hogy vé-
lemeket fogalmaz meg, vagy különféle szabályokat alkot a bizonyítás terhével
kapcsolatban, ám ezen eljárásokban változatlanul túlkörződik valamelyest a háta-
sok vagy befolyásoló tényezők ismerete. Hasonlóan, a jogrendszertnek vissza kell
nyúlnia a hatás fogalmához, ahogy azt tette a hátrányos megkülönböztetés kon-
textusában a *Washington v. Davis* esetben, hogy megbitkózzon a többtagú döntés-
hozó szervezetek kérdésével (egy döntéshozó tiltott kritérium alapján dönt, míg a
többiek nem tiltott alapján) vagy pedig a vegyes motíváció kérdésével (amikor az
elosztásról határozó döntés csak részben alapul tiltott kritériumon).

ni, nem pedig azokra a folyamatokra, amelyek révén az létrejött.²⁷ Az alkotmányosságna k okozott kár a gondolatok és eszmék elzárása a közvéleménytől, nem pedig a méltánytalan bánásmód a beszélővel szemben, és ennek következtében kevés elméleti értelme van azon töprengeni, hogy mi lenne a nyilvánosságtól a gondolatokat elzáró cselekvés alapjául szolgáló alap vagy kritérium. Ahogy Rehnquist bíró mondta a könyvtári esetben, csak hogy bevigyen egy jól irányzott ütést a vitában: „Ha Brennan bíró valóban alkotmányos jognak ismeri el az információhoz való jogot, kérdéses, hogy miért számít bármit is a megtagadás oka.”²⁸

A hátrányos megkülönböztetés kontextusában egyesek azon az alapon védtek a kritériumalapú megközelítést, hogy az fenntartja az állami semlegességet: ha a döntés valamely érdemhez kötődő, meritokratikus alapon születik, ahogy például a standardizált tesztek esetén történik, az állam semleges maradhat bírszín kérdésében, még akkor is, ha neki kell választani a munkára jelentkezők közül. Hasonló megfontolás az alapja a kritériumon alapuló eljárás alkalmazásának a vallással összefüggésben is, annak érdekében, hogy fennmaradjon az állam és az egyház szétválasztása. A szólás területén is lehet szerepe, amikor is azt várjuk az államtól, hogy maradjon semleges a versengő véleményekkel szemben, és amikor feltételezhető, hogy a semlegesség csak úgy érhető el, ha a szétosztás alapjául olyan meritokratikus kritériumok szolgálnak, mint a „művészi kiválóság”.

E feltevésnek azonban nincs semmi alapja. A szólás kontextusában a semlegesség ideálja nem csupán azt kívánja az államtól, hogy tartózkodjon a vélemények közötti választástól, hanem azt is, hogy ne formálja a közbeszédet egyik vagy másik vélemény előnyben részesítése által. Az államnak a „felvilágosult parlamenter” (*high-minded parliamentarian*) szerepében kell cselekednie, meggyőződve arról, hogy minden vélemény és szempont teljesen és méltányosan megjelent. Az elosztás kontextusában az állam döntése szükségképp befolyásolni fogja, hogy mely vélemények jutnak el a nyilvánossághoz, és az állam semlegességi kötelme meg kívánja, hogy biztosítsa a közéleti vita lehető legnagyobb gazdagságát és sokszínűségét. A meritokratikus kritérium használata nem ment fel e kötelezettség alól, minthogy érdektelen a döntésnek a közbeszédre gyakorolt hatásával kapcsolatban.

Láthattuk a hátrányos megkülönböztetéssel összefüggésben, hogy egy látszólag semleges kritérium nem eredményez semleges kimenetelt. Egy meritokratikus kritérium, mint a standardizált teszt, még mindig eredményezhet hátrányos meg-

²⁷ Az 1. és a 2. fejezet az Első Alkotmánykiegészítés különféle elméleteit tárgyalja, és az Első Alkotmánykiegészítést inkább a kollektív önrendelkezés eszközének tartja, mint az egyéni önkifejezés eszközének. Az olyan témák számbavételéhez, amelyek e fejezetek megírása közben, illetve megírásuk óta történtek, lásd Paul STERN bámulatos írását: *A Pluralistic Reading of the First Amendment and Its Relation to Public Discourse* 99 *Yale Law Journal* 925 (1990).

²⁸ *Pico*, 457 U.S. at 917 – Rehnquist bíró, különvélemény.

különöztetést, mivel a kisebbségeket hátrányos helyzetbe hozhatja. Hasonló képp, a szólas kontextusában az olyan meritokratikus kritérium, mint a „művészi kiválóság” használata – azt meghatározzán, hogy ki jut szóhoz – elhallgathatathat véleményeket vagy rombolhatja a közbeszédet. Természetesen, hogy ez mikor következik be, függ a meghatározott tartalomtól, tekintettel a „művészi kiválóság” (meglehetősen tág) fogalmára, továbbá a közbeszéd körülményeire és szükségleteire.

Ezen okok miatt a bíraskodásnak nem szabad magáévá tennie a kritériumokon alapuló szemléletet, amikor elosztásról vagy az állami hatalom más, támogatást nyújtó gyakorlatáról rendelkezik. Ezzel szemben a hatásokra kell összpontosítani, különösen arra a hatásra, amelyet az állami hatalom gyakorol a közéleti vitákra. Egy olyan esetben, mint a *Maplethorpe*-ügy, a támogatás megtagadása szegényítene a közbeszédet, mivel újratermelődne a vaszkalaposság egy olyan fontos jelenkori kérdés ügyében, mint a meleg közösség státusa, és ezen elutasítás alapja, legyen az esztétikai, izlésbeli vagy ideológiai, nem rendelkezik alkotmányos jelentőséggel. Az obszcenitás-vádemelésből származó alkotmányos kár az állam-hatalom erője gyakorolásaának a közbeszédre gyakorolt következményéből fakad, és bár a szűköségi faktor miatt a támogatást mint helyzett jellemzi egy analitikus sajátosság, ettől még az állam cselekvésének hatására kell összpontosítani. A két helyzet közti különbség nem a hatás feletti aggodalmak felülgészítését kívánja, hanem a hatás jóval finomabb megközelítést és az elosztási kontextus egy kvalitatívabb szemléletét: a bíróságnak meg kell határoznia, hogy a megkérdőjelezett elosztási döntés milyen hatással lett volna a közéleti vitákra. Egy ma már talizmánszerű formulát használva, a bíróságnak meg kell tudnia határoznia, hogy az elosztási döntés révén a közéleti kérdések megvitatása „korlátlan, erőteljes és szélesre nyitott”²⁹ lesz-e, vagy az éppen ellenkező hatást vált ki.

²⁹ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 270 (1964).

III.

Az elosztási döntéseket vizsgáló, a hatásokra összpontosító megközelítésnek megvannak a maga problémái. Egyfelől szükséges hozzá a közvélemény napirendjének érzékelése; hogy melyek azok a témák, amelyek foglalkoztatják a nyilvánosságot, és amelyek lehetséges, hogy valamely szándék révén kerültek az érdeklődés homlokterébe. E megközelítés ezen kívül megkívánja a közbeszéd teljesítményének értékelését, ami nem abból áll, hogy kinek van igaza és kinek nem, hanem annak vizsgálatából, hogy a témához kötődő összes fontos álláspont teljesen és méltányosan jelent-e meg a vitában, ami alapján az emberek valódi döntéseket hozhatnak. Ezeknek az értékeléseknek figyelemmel kell lenniük a tema konkrét körülményeire, és ezért olykor igen fáradságos feladatnak tűnnek. Ám az Alkotmány legnagyobb kíváncsi megköveteli ezen értékeléseket, és ezek a mi hatáskörünkbe tartoznak. E döntések tulajdonképpen analógnak mondhatók azokkal, amelyeket nemzetünk egyetemének legkiválóbb oktatói hoznak meg az osztálytermi viták strukturálásakor. Efféle értékelések rejlenek a Mapplethorpe-vitát összefoglaló elemzésünkben: az NEA-támogatás megtagadásának hallatlan botránya abból ered, hogy folytatja és újratermeli a meleg közösséget kirekesztő vaskalaposságot. Még azok is elismerik ezt, akik a vitában a cenzúra oldalán állnak; igazság szerint ők pont ezt akarják.

A hatásra összpontosító megközelítés által alkalmazott értékelésnek számos analóg példája ismert a jogban, nem csak a hátrányos megkülönböztetés eseteiben, hanem olyan, látszólag távoli példákban, mint a versenyjog, amikor egy bíró állapítja meg egy adott piac paramétereit, vagy a jogsértő károkozás feletti ítélezés során, amikor a bíró a tudományos lehetőség határait vizsgálja, hogy meg tudja ítélni egy briliáns védelem indokait. Kétségtelen, hogy lehet okunk húzódozni az efféle értékeléseknek a szózással kapcsolatos bíráskodás területére való beemelése ellen, mivel attól tarthatunk, hogy a bíráskodási hatalom a közvéleményt szűkítő eszköz lesz, ahelyett, hogy tágítaná azt, vagy még rosszabb, hogy egy meghatározott érvet előnyben részesít egy másikkal szemben. E veszély mértékének helyes megítéléshez két dolgot kell tekintetbe vennünk.

Először is, a bíróságok nem légüres térben ítéleznek, hanem egy kritikus közösség árgus szemével előtt teszik a dolgukat, és itt nemcsak a jogászokra és a sajtóra kell gondolni, hanem a nemzetközi művészeti világ vezetőire. A Mapple-

thorpe botrány figyelemreméltó volt abbéli teljesítményét tekintve, hogy milyen mértékben tudta a művészvilágot mozgósítani, és országsszerte hány színházat és felülvizsgálati vállalkozást vezetett, e közönség tagjai részt vehettek az eljárásban, mint ahogy tették a cincinatti perben is, hogy segítsenek a bíróságnak helyesen megítélni a támogatástól megfosztott műpolitikai jelentőségét. Vagy mozgósíthatják a közvéleményt, ahogy azt tették a Helms-kiegészítésekre válaszul, hogy biztosak legyenek abban, hogy a bíróság nem bújik ki kötelessége alól, vagy nem válik a cenzúra eszközzé, amikor a hatásra összpontosító mérce szerint vizsgálja az NEA gyakorlatát. A bíróságok a politikai felelősséggel rendelkező intézményekhez mérve kevésbé reagálnak az efféle kritikákra, ám nem is immunisak azokkal szemben.

Másodszor, a hatásokra figyelő megközelítés elutasítása és a hajlandóság arra, hogy a források elosztását a döntés kritériumai alapján ítélik meg, pont ugyan-ezen kockázatok rejtené magában nevezetesen, hogy a bíróságok egy vasalaposságot fenntartó szándék eszközeivé válnának –, csak még kirtóbban. Mivel nyilvánvalóan nehézkes a döntés valódi okait feltárni és az azonosított okot kétségbe vonni, e folyamat során az NEA előnyére fog lejteni a pálya, és így csaknem változatlanul az Állam intézkedéseinek jóváhagyásához vezet majd.

Még a hatásra összpontosító megközelítés esetében is valószínű, hogy az állami hivatalnokok a támogatások megítélés során folytatják a „művész kiaválóságához” hasonló meritokratiikus ismérvek használatát. Az NEA kiaválásztja majd azt a pályázót, akit vagy amelyet a legjobbnak vagy a legméltóbbnak talál. Az Államnak ugyanakkor meg kell értenie, hogy a kiaválóság általa alkotott mércét vagy értékmérni kell, vagy meg kell őket változtatni az értékes közéleti vita iránti alkotmányos elkötelezettség okán. Amikor egy olyan kritériumot, mint a „művész kiaválóság”, úgy használják, hogy annak eredményeképp a nyilvánosság eszmecsereiből hiányzó gondolatokat és álláspontokat kifejező művészet alkotások nem jutnak el a nagyközönséghez, ezáltal korlátozva a közéleti vitákat, akkor a kritériumot úgy kell átalakítani, hogy az összeegyeztethető legyen az Első Alkotmánykiegészítés céljaival.³⁰

Az érdemmel kapcsolatos megfontolásoknak szintén van szerepük, amikor a bíróság elé kerül az elutasított pályázat felülvizsgálati ügye. Mint a korai hátrányos

³⁰ Ha egy bizonyos meritokratiikus kritériumot úgy használjuk, hogy az hátkonyabba teszi a művészek juttatott támogatások feletti döntések delegálását, akkor az lehet, hogy tekintetbe véve a művészvilág természetének egyes jellemzőit eléri a kívánt hatást: az életet közéleti vitát. Ebben a rendszerben a hatás marad az alkotmányos kár próbaköve, a kritériummegközelítés pedig pusztán instrumentális okot mutat indokolt, és bármikor elbírálható, amikor nem hozza az elvárt eredményt.

megkülönböztetési esetekben, amikor a Legfelső Bíróság a hatásokat vizsgálta,³¹ a művészi kiválóságra való hivatkozás szolgált egy nem kívánt hatást (a vaskalaposság fennmaradását) előidéző cselekvés igazolásául vagy védelméül. A művészi érdem mint a védelem érve, rögzíti a szóban forgó hatás elhárításához fűződő állami kötelesség külső határát, és hogy ez a korlát pontosan hol húzódik, az függ a szóban forgó hatás súlyától és az állami cselekvés igazolásának sürgősségétől. A szólás területén a hatás figyelemmel kísérésének kötelezettsége – hasonlóan a borszínnel kapcsolatos ügyekben tapasztalhatóakhoz – nem jelenti az érdem érvényesülésének végét. Amit jelent, az vagy a támogatási döntések alapjául szolgáló érdem-fogalmak felülvizsgálata, vagy pedig, fájdalom, azon értékek feláldozása, amelyet azok az érdem-fogalmak tartottak fenn, amelyek a demokratikus céljainkhoz méltó közéleti vitákat létrehozó alkotmányos célkitűzéseket nem foglalják magukba, vagy éppen ellentétesek azokkal.

Annak meghatározásához, hogy valóban megtörténik-e ezeknek a bizonyos értékeknek a feláldozása, és hogy mekkora lenne ez az áldozat, fontos megértenünk, hogy a művészet általában hogyan fejt ki oktató-nevelő tevékenységét: ez nem egy meghatározott nézet kifejtése által történik, mint a kereskedelmi célú hirdetésekben vagy a politikai propagandában; a művészet arra készíti a befogadót, hogy egy ismerős témát egy új szemszögből vegyen szemügyre, vagy egy ismeretlen témát hoz a látóterébe. A legjobb művészet arra készíti bennünket, hogy latolgassuk, újraértékeljük vagy felfüggeszszük a köznapi vélekedéseket, és elutasítsuk a reflektálatlan feltételezéseket és várokozásokat. Szubjektíve a művészet a modortalan kíváncsiság attitűdjét provokálja, objektíve a tapasztalat vagy egy téma – Mapplethorpe esetében a szexualitás – olyan aspektusait tárgyalja, amelyek korábban rejtve maradtak, vagy amelyről téves nézetek terjedtek el. A legjobb művészet gazdagítja a közbeszédet, de nem úgy, ahogy Sztálin elképzelte, hanem úgy, hogy felnyitja szemünket, és így megváltoztatja azt, ahogy látjuk és értjük a világot.

A Mapplethorpe-kiállítást semmiképp sem lehetett a homoszexualitás vagy a meleg életének egyszerű és nyilvánvaló ünneplésének tartani, és nem is ez alapján számíthatott a közvélemény támogatására. A Mapplethorpe-kiállítás a közfigyelem homlokterébe helyezte a meleg közösséget, de csak azért, hogy bonyolultabbá tegye e kérdéssel kapcsolatos nézeteinket. Nyilvánvaló, hogy a fotográfiák a meleg szexualitás dacos állásfoglalásai voltak, ám valami másról is szó volt bennük. Az a mód, ahogy a témáikat megjelentették, klasszikusan egyszerű kompozíciók és az érzéki felületeket makulátlanul tiszta és pontos elrendezése által, di-

³¹ Lásd *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971); Owen M. Fiss: *A Theory of Fair Employment Laws*, 38 *University of Chicago Law Review* 235 (1971); Owen M. Fiss: *Gaston County v. United States. Fruition of the Freezing Principle*, 1969 *The Supreme Court Review*, 379; Figyelemmel erre: Seth KREIMER: *Reading the Mind of the School Board: Segregative Intent and the De Facto/De Jure Distinction*, 86 *Yale Law Journal* 317 (1976).

vatotokra emlékeztető módon, azzal a hatással járt, hogy az ábrázolt jelenetek beállítottak és színpadiasnak tűnnek, mintha a résztvevők csak mások számára adnának elő valamit, mintha csak az öntudatuk attól függene, hogy miképp jelennek meg mások szemében. E képek párbuzamot sugallnak egyrészt a színpadias szexualitás – aminek meg lehet, épp annyi köze van a pózolásnak, mint az érzelmekhez³² – és aközött, hogy milyen a melegek társadalmi helyzete ma Amerikában; egyrészt marginalizált, és van kivétel a többség argus és gúnysos figyelmének. Alkálival, a látogatásban felmerülhet a kérdés, hogy vajon a homoszexuális gyakorlat magába olvasztotta-e a társadalmi marginalizációt; azzal hogy talán a homoszexuális önképet a közvélemény undora és a szégyenkezés rombolja és torzítja. Mapplethorpe képei nem voltak a homoszexuális vagy bármilyen más propagandisztikus hirdetésének tekinthetők, de arra inkább vagy bármilyen más propagandisztikus hirdetésének tekinthetők, de arra inkább csak a homoszexuális képzeletének és hozzáállásának felülvizsgálata. Semmilyen művészeti vagy demokratikus érték feloldozására nem került sor. Mapplethorpe fotográfiái egyszerre voltak nagy művészeti alkotások és nagy leckék, és összességében egy ihletett hozzájárulást jelentettek az olyan közéleti vitákhoz, amelyek azt ígérték, hogy „korlátlanok, erőteljesek és szelídre nyitottak”. Természetesen fennáll a veszély, hogy az állam úgy reagál az efféle ellenmonddások és provokatív művektől a támogatást megtagadva döntés bírósági felülvizsgálata, hogy úgy abogyan van, kivonul az adott kulturális területről. Az állam felhagyhat a támogatási programmal, vagy legalábbis radikálisan csökkentheti azt, mely esetben a szólas még nagyobb vesztes lenne annál, mint ha az állam egyszerűen csak megtagadja a vitatott művészek támogatását. A Mapplethorpe botány valójában az NEA-nek utalt állami források mértékének jelentős csökkentését eredményezte az 1989-es támogatási rendeletben, és feltűztet azokat a hangokat – amelyek a mai napig hallhatóak –, melyek szerint az államnak ki kell vonulnia a művészeti támogatásból.³³ A büntetőjogi kontextusban nem fenyeget ehhez mérhető veszély, mivel az állam visszavonulása – az obszcenitási rendelet alapján nincs vádemelés vagy hatályon kívül helyezés – számít a bevett, a szólas támogató doktrínának.

³² Ahogy a védelem által felvonultatott egyik tanú mondta a cincunani perben, amikor az „X, Y, Z sorozatban” bemutatott szadomasochisztikus képekről kérdezték: „a fotográfia fizikai szépsége és az ábrázolt jelenet durvasága között fennálló feszültség az, ami ennek a műalkotásnak az értékét adja.” Andy Grundberg: *Critics Notebook Cincinnati Trial's Unanswered Question*, *New York Times*, Oct. 18, 1990, at C17, col. 3 (Jacquesym Bass, a University Art Museum in Berkeley, California igazgatóját idézi).
³³ Lásd H.R. 209, 104th Congr., 1st Sess. (1995); 135 Cong. Rec. H3637 (daily ed. July 12, 1989) Rohrabacher képviselő nyilatkozata, William Safire: *Stop Subsidizing the Arts*, *New York Times*, May 18, 1990, at A31, col. 6.

Nekem ugyanakkor úgy tűnik, hogy a büntetőjogi és az elosztási kontextusok közti különbségek az óvatos eljárást kívánják meg, és nem pedig azt, hogy esetükben különbözzenek a mércék vagy az általános megközelítések. A művészeti támogatások általános csökkentése nem szükségszerű, hanem esetleges körülmény. A bíraskodás nem veheti adottnak, hogy e csökkenés bekövetkezik, sőt, mindent meg kell tennie azért, hogy az ne következzen be, mindig nyitva tartva azt a lehetőséget, hogy ha minden világok legrosszabbika elérkezik, akkor az Első Alkotmánykiegészítés értékeinek védelmében esetleg el kell rendelnie e művészeti költségvetések befagyasztását vagy épp emelését. Az Alkotmány úgy rendelkezik, hogy a kongresszus nem hozhat törvényeket a szabad szólás korlátozására, azonban a heccelő vétője esetén, amikor egy beszélő ki van szolgáltatva egy haragos tömeg kénye-kedvének, az államnak az a döntése, hogy nem cselekszik, hogy úgy ahogy van, kivonul a művészet támogatásából, lehet maga is olyan döntés, amelyet az Első Alkotmánykiegészítés tilt.³⁴ A törvényhozásnak biztosított széles jogkör a költségvetési döntések területén nem alkalmazható úgy, hogy alkotmányos célokkal ütközzön, vagy konkrétan, hogy ütközzön a bíraskodás abbéli erőfeszítéseivel, hogy e célok elérését a törvényhozás által létrehozott programoknak és azok végrehajtó hatalom általi irányításának felülvizsgálata révén mozdítsa elő.

Az iskolai szegregációs ügyek területén az erőteljes bírói beavatkozás azzal a kockázattal fenyegetett, hogy az iskolaszékek inkább bezárják az iskolákat, mintsem hogy integrálódjanak. Ugyanakkor figyelemreméltó, hogy egy harmincéves időszak alatt, melynek folyamán ezer és ezer bírósági szegregációellenes határozat született, ez a kockázat csak két vagy három alkalommal vált valósággá, és ezek mindegyikében a bíróság valahogy úgy találta, hogy jogában áll elrendelni az iskolák újbóli megnyitását.³⁵ Ezt a hatalmat nem törte meg a frázisszerű kijelentés, miszerint „az Alkotmány nem szavatol jogot a közoktatásra” (mely némileg eltérő formában újra felbukkant a művészet kontextusában);³⁶ sőt, a Legfelső Bíróság megerősítette e bíraskodási hatalmat 1990-ben egy Kansas City-beli iskolával kapcsolatos esetben, melyben a szövetségi bíróság adóemelésre utasította az államot,

³⁴ Lásd 1. fejezet, III. rész, és *KALVEN I. m.* (26. l.), 89–91, 97–100, lásd még a 27. l.-ben; két helyzetet tárgyal, a gyűlöletbeszédet és a pornográfiát, amelyben az állami cselekvés elmaradása cselekvésnek tekinthető.

³⁵ Lásd *Griffin v. County School Bd.*, 377 U.S. 218 (1964); *Lee v. Macon County Bd. of Educ.*, 231 F. Supp. 743 (M.D. Ala. 1964), lásd szintén *United States v. Plaquemines Parish School Bd.*, 291 F. Supp. 841 (E.D. La. 1967) az iskolaszék nem csökkentheti a szegregációt megszüntető integrált iskolák támogatását, hogy a fehérek átmenjenek szegregált magániskolákba.

³⁶ Lásd például *Independent Commission* (17. l.), 85 – A Jog Tanácsadó Testület egyhangúlag megfogalmazott nyilatkozata, miszerint „a szövetségi kormányt nem kötelezi az alkotmány a művészetek támogatására”

hogy az abból befolyó összegből finanszírozza a bíróság szegregációellenes programját.³⁷

Mint tisztán ideológiai kérdés, a kettős mérce alkalmazása mellett ér, amely olvasen elklónlított egymással a támozgatások és a vádemlések kérdését, és amely jóval lazább mérct alkalmaz az első esetben, mint a másodikkban, sok helyen gyókerézik; am ezek egyike sem olyan fontos, mint a kapitalista éthosz, amely a pénzt hatalomná alakítja, és kiváltságokat ad minden produktív cselekvőnek arra a tulajdonra vagy pénzre nézve, amit keresett. A kapitalizmus a magántulajdon terelősszűköznek velt, és ami fontosabb, egy élesen differenciált ösztönző rendszernek is. A legjobb kapja a legjobb fizetést. A munka imént említett ösztönző rendszerére érdekében a hatékonyság termelésért kiosztott jutalmakat meg kell óvni a kevésbé jól fizetettek „pénzéhez mozdulástól”, és még inkább, fel kell ruházni velük azon szerencséseket, akik elnyerik a jutalmakat. A kapitalizmus által feltételezett magántulajdoni rendszer célja, hogy minden egyének biztonságát az általa szerzett pénz tekintetében az arra való jogosultság és a biztonság érzeit. Bárki használja a pénzt úgy, ahogy az neki tetszik, költse azokra a holmikkra, amikre akarja, adja annak, akinek kívánja, és tagadja meg azoktól, akiket nem kedvel,

vagy nem csodál.
Semi a világon nem indokolja, hogy a magántulajdonnal kapcsolatos jogosultság fogalmát ki kelljen terjesztenünk az államkincsákra, amely nem „jóvedelem”, hanem olyan összeg, melyet közcélokra gyűjtöttek be és azokra tartafékolnak. Azonban a kapitalizmus jelenlegi, győzedelmes pillanatában e gazdasági rendszer normái nem könnyen korlátozhatók. A pénz az pénz, és ami még rosszabb, az államotól is bajlamosak vagyunk úgy gondolkodni, mint egy egyénről, Uncle Samet összekeverjük Donald Trumppal. Megszemélyesítjük és a produktív cselekvő előjogaival ruházzuk fel az államot, azt gondolva, hogy egyes tevékenységeket természetesen szerint támogathat, és hogy nem szabad olyan tevékenységek támogatására kényszeríteni, amelyeket nem kedvel, vagy nem csodál.³⁸

Missouri v. Jenkins, 110 S. Ct. 1651 (1990)

¹⁸ Ennek folyományaként sokan értelmezik úgy, hogy adott pályázati jutalás vagy támogatás a műalkotásnak vagy a mű üzenetének elismerését, támogatását jelenti, mintha csak a kormány vagy az egyes adófizetők szöveghatárát meg. Helms szenátor a végélszig vitte ezt az érvelést, amikor a Cincinnati esküdt-szék ítéletét kommentálta a *New York Times* szerint "egy Helms tanácsadó elmagyarázta", hogy "a szenátor azt hitte, hogy az NFA-támogatás kvérekezményeképp a fotográfák a kormány által elfogadott műalkotásoknak fognak minősülni, mely nyomán egyetlen esbűdtszék sem félheth öket mmár obszcénának." Cincinnati Jury Acquits Museum in Mappingthorpe Obscenity Case. *New York Times*, Oct. 6, 1990, 1. Helms szenátor álláspontját megerősítendő, az 1990-es rendelet kitért arra, hogy "[e]gy pályázati anyagnak az NFA vezette általi elfogadása vagy elutasítása nem értelmezendő úgy, és nem is tekintendő bizonyítéknak arra nézve, hogy [a támogatott műalkotás] obszcénának minősül, vagy épp nem minősül annak." Arts, Humanities, and Museum Amendments of 1990, Pub. L. No. 101-512, § 103(b), 104 Stat. 1915, 1963-64 (1990). Véleménycm szerint csekély az a veszély, amitől Helms

Amire ebben a helyzetben kárpótlásul szükségünk volna, az az, hogy érezzük a határokat. Bárki készséggel elismerheti a kapitalizmus, mint az árukat és szolgáltatásokat létrehozó hatékony gazdasági rendszer csodáit anélkül, hogy azt kellene hinnie, hogy a társadalmi élet például a politika vagy a családi élet minden döntése felett e gazdasági rendszer normáinak kell uralkodniuk. Szomorú lenne, ha az Első Alkotmánykiegészítést foglyul ejtené a kapitalizmus, azaz, ha megengednénk, hogy a magántulajdon védelme iránti vágyaink korlátozzák a szabad szót. Az állam által beszedett bevételek közösségi forrásnak számítanak, amit közcélokra kell fordítani, és nem ismerek méltóbb célt e források elköltésére, mint a demokrácia megőrzése; mellőzött és semmibe vett vélemények és lehetőségek bemutatása a közvéleménynek. A kormányzati támogatásokat, irányuljanak bár a művészet vagy az oktatás területére, nem szabad közkeletű vaskalapos nézetek erősítésére fordítani, hanem a népszuverenitás érdekében inkább provokálni és gerjeszteni kell általuk a közéleti vitákat, hogy azért éljünk úgy, ahogy élünk, mert úgy akarunk élni, és nem azért, mert csak a megszokott határáig terjednek az ismereteink vagy a képzeletünk.

tart [annak a veszélye, hogy a műalkotásról azt gondoljuk, az állam annak üzenetével egyetért], különösen, ha az NEA a törvény (egy bírósági határozat vagy az alkotmány) alapján ítéli meg a támogatásokat. Senki sem fogja azt gondolni, hogy a Mapplethorpe-kiállítás az állam nézetét tükrözi meghatározott kérdésekben (szadomazochizmus vagy homoszexualitás), és még kevésbé, hogy olyan adófizetők nézetét, akiket sérthet a kiállítás. Bármely efféle félreértés megelőzhető egy tisztázo nyilatkozattal. Másrészt viszont az NEA abbéli döntése, hogy támogat egy projektet, ideális esetben az intézmény ítéletét kellene hogy hordozza – amely bírósági felülvizsgálat tárgya is lehet azon kérdésekről, amelyeket a közvéleménynek mérlegelnie kell, azon véleményekről, amelyeknek el kell hangozniuk vagy amelyek hiányoznak a közbeszédből. Ezek a döntések analógnak tekinthetők az államnak a közoktatás és a közmédia területén hozott döntéseivel, mely esetekben az Első Alkotmánykiegészítés nemhogy nem tiltja el az államot e döntésektől, hanem azok épphogy az Alkotmány legmagasabbrendű értékeit igyekeznek érvényre juttatni.

6.

A helyes szemléesség

Prologus

Az Állami aktivizmus és állami cenzúra című cikkemben (jelen kötet 5. fejezete) az állami semlegesség kívánatosságával kapcsolatos, liberális gondolkodók által felvetett ellentétvekket kellett megküzdennem. Számukra az állam csak akkor teljesíti e kívánalmat, ha teljesen visszavonul a szöveg-cselekvések támogatásának terüle-
téről. Ez a visszavonulás nekem nem tűnik túlságosan semlegesnek, mert a piac szorításának lenne ki a szöveget. Jennifer Brownnal, egyik asszisztensemnel való hosszas beszélgetések után bevezetem az állam mint „parlament” fogalmát, hogy segítségével elmagyarázzam, hogyan tud az állam a beszélők közötti ügy dön-
teni, hogy közben semleges marad.

Az alábbi esszében amelyet 1995 februárjában a Capital Egyetem Jogi Karán és a Tulane Egyetemen adtam elő előadás formájában, és a heves reflexiókkal együtt 1995-ös Capital University Law Review-ban publikáltam – folytatom az állam mint „parlament” fogalmának vizsgálatait. A tanulmány közvelel kon-
textusa a gyűlöletbeszéd, mely probléma az elmúlt években fokozódó érdeklődés
által övezett, és amely, ahogy a pornográfia is, fontos kérdéseket vet fel a társa-
dalmi egyenlőséggel és annak a szövegesszabadság doktrínára vonatkozóan je-
lenlétével kapcsolatban.

Az állam mint „parlament” értelmezése során tünhet úgy, hogy egy Harry Kalven és korábban Alexander Meiklejohn által hébe-hóba használt fogalomhoz nyúlunk vissza. A közelmúltban Robert Post fájadalom, ismét csak egy egykori kedvenc diák erőteljes kritikával illette ezt az elkövetést. A Meiklejohn's Mistake: On Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse című cikk a University of Colorado Law Review-ban 1993-ban, és később 1995-ben, Post Constitutional Domains: Democracy, Community, Management című kötetében is megjelent. Jelen esszében igyekszem válaszolni Post cikkére és hivatkozom Morris Lipson terjedelmesebb választára is, melyet 1995-ben a Yale Law Journal-ban jegy-
zetként közölt.

Képzeljünk el egy közösséget, amelyben hagyományosan csak fehérek élnek. Beköltözik közéjük egy fekete család. Vesznek egy házat. Egyes szomszédokat felháborít az új család érkezése. Ezek a szomszédok először csak azzal fejezik ki elégedetlenségüket, hogy semmibe veszik az újonnan jötteket, ám hamarosan rosszabbra fordulnak a dolgok. Egy éjszaka valaki a fekete család háza előtti közterületre kitesz egy keresztet, majd meggyújtja azt.

Ezután az elkövetőket letartóztatják, és vádat emelnek ellenük. A vád az, hogy megsértettek egy helyi rendeletet, amely tiltja az olyan önkifejező cselekvéseket (köztük a kereszttegetést is), amelyek a nemi hovatartozás, vallás, vagy bőrszín alapján kiválasztott egyénekben haragot, riadalmat keltenek, vagy megbántják őket. A vádlottak azzal védekeznek, hogy a rendelet sérti az Első Alkotmánykiegészítés által szavatolt jogukat.

1992-ben a *R.A.V. v. City of St. Paul* esetben a Legfelső Bíróság egy ezzel analóg esetben ítélt, és Scalia bíró véleményét követve alkotmányellenesnek ítélte az illető rendeletet.¹ Az ítélet – a Rehnquist-testület egyik legfontosabb ítélete a szólásszabadság területén – nagy felzúdulást okozott alkotmányjogászai körökben, és megosztotta azokat, akik amúgy mind az Első Alkotmánykiegészítés barátainak tekintették magukat. A Legfelső Bíróság felhasználta az alkalmat, hogy a kinyilvánítsa a szabad szólás felsőbbbbségét más alkotmányos értékekkel szemben, még az egyenlőséggel szemben is, és masszív támogatást nyújtott a tartalomsemlegességre hivatkozó ítélezés számára. Azonban a Legfelső Bíróság tekintete elsiklott a tény felett, hogy ezúttal egy olyan helyzettel állt szemben – amely amúgy jelen könyv fő témája is –, amikor az államnak elképzelhető, hogy korlátoznia kell a szólást, hogy a kevesebb hatalommal bíró emberek hangja hallható legyen.

¹ 112 S. Ct. 2538 (1992)

Előjáróban ki kell emelni, hogy a R.A.V.-ban döntő tesztet nem a keresztségelés cselekményére összpontosított. Scalia bíró nem utalt arra, hogy a keresztségelés maga alkotmányos védelem alatt vagy az állami szabályozás felett állna. Ellenkezőleg, a Legfelső Bíróság egy meghatározott rendeletet nehezítésként, amelyre hivatkozva vádat emeltek bizonyos emberek ellen. A Legfelső Bíróság nyilván al-kotmányellenesnek nyilvánította a rendeletet, és elrendelte, hogy az senkire ne le-gyen alkalmazható, még ha keresztségeléssel vagy bármilyen más tiltott cselekvés-sel vádolják is az illetőt.

St. Paul város rendlete így hangzik a maga teljességében: „Aki köz- vagy ma-gánterületen olyan jelképet, tárgyat, elnevezést, jellemzést vagy graffittit helyez el, beleértve, de nem kizárólagosan: égő keresztet és náci horogkeresztet, amelyről köz tudott, vagy feltételezhetően köz tudott, hogy rassz, borszin, hit, vallás vagy nemi hovatartozás alapján meghatározott személyekben haragot, riadalmat vagy megbántottságot kelt, az szabálysértésnek minősülő rendbontást követ el.”²

Ezen intézkedés hatályba lépítésével a város a magán- és közterületeken elhe-lyezhető jelképeket igyekezett szabályozni; a tényleges felsorolásban a rendelet a leg-hírhedtebb rasszista jelképet említette – az égő keresztet, amely hosszú ideje a Ku Klux Klan szimbóluma, és amely szokásos jelensége, hogy az illető településen nem kívánatosak a feketék. St. Paul város rendlete nyilvánvaló módon a kifejezés

E törvény érvényességének megítélése során Scalia bíró bölcsen elkerült egy módszert – amelyet annak idején még Black legfelső bírósági bíró vezetett be –, miszerint azon az alapon ítélte volna el a rendeletet, hogy az egy kifejezést vagy szót kíván korlátozni. Az Elso Alkotmánykiegészítés leszögezi: „A Kongressz-szus nem csorbítja a szólás- vagy sajtószabadságot”, és egy meghatározott abszo-lutisztikus értelmezést megalapozva, Black bíró újra meg újra ragaszkodott ahhoz,

* A fordítás forrása: Az Egyesült Államok Kultúrgyűmmisztériuma. http://hungarian.hungary.usembassy.gov/constitution_in_hungarian.html
² St. Paul, Minn., Legis. Code § 292.02 (1990).

hogy az Első Alkotmánykiegészítés angol nyelvű megfogalmazásában a „no law” azt jelenti, hogy „no law”.³

Black, mint egykor a New Deal demokrata párti hű védelmezője a Szenátusban, Roosevelt elnök révén került a Legfelső Bíróság testületébe az 1930-as években, és már a kezdettől fogva meggyőződése volt, hogy a *Lochner v. New York*⁴ eset és a New Dealre pusztítólag ható hasonló legfelső bírósági esetek kelepcéit mindenképp el kell kerülni. Black bíraskodási filozófiájának magva a „tartalmilag tisztességes eljárással” (*substantive due process*) és azzal a gyakorlattal szembeni mélyszéges ellenérzés volt, amely a bírák mérlegelési hatáskörébe utalt törvényeket, amelyeket ők ítéltettek „önkényesnek” vagy „indokolatlannak”.⁵ Ennek következményeként Black bíró minden olyan alkotmányos értelmezést elutasított, amely a Legfelső Bíróságot hasonló kétesélyes döntési helyzetbe hozhatta. Döntéseihez a jogi literalizmus eszközét, azaz az alkotmányos rendelkezések egyszerű és átvitt értelemről mentes értelmezését használta, és a szólásszabadsággal kapcsolatos ügyekben részéről ez egyfajta abszolutisztikus értelmezéshez vezetett.

A Legfelső Bíróság sok tagja rokonszenvezett Black általános célkitűzésével, és én Scalia bírót is közéjük sorolom; ezzel együtt Blacknek az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos abszolutizmusa sosem nyerte el a többség támogatását a Legfelső Bíróságon. Igazából az évek során egyetlen szavazatot kapott – William Douglas bírótól. Nyilvánvaló volt, hogy Black literalizmusa szelektív volt, például a Kongresszusba beleértette a végrehajtó és a bírói hatalmi ágakat is. A szelektív literalizmusnak valamiféle elméletre kell támaszkodnia, amely eligazítást nyújt abban a kérdésben, hogy mely kifejezéseket kell szó szerint venni és melyeket nem, és mint ilyen, nem tekinthető tiszta literalizmusnak. Sőt, azok az ítéletek, amelyekről Black annyira tartott, szükségképp magukban foglalták volna annak meghatározását, hogy bizonyos emberi viselkedések inkább tekinthetők-e „szólásnak”, semmint „cselekvésnek”. Bizonyára ő is azt szeretne volna, hogy mint a Legfelső Bíróság gyakorlata is mutatja – az Első Alkotmánykiegészítés a szólást ne csak annak szokásos, szó szerinti értelmében védelmezze; e védelem ne csak szóbeli megnyilatkozásokra terjedjen ki, hanem filmekre, regényekre, felvonulásokra és még a zászlóégetésre úgyszintén.

³ Lásd például *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713, 714-20 (1971) – Black bíró, párhuzamos vélemény; Hugo L. BLACK, *The Bill of Rights*, 35 *New York University Law Review* 865 (1960).

⁴ 198 U.S. 45 (1905).

⁵ Lásd Tinsley E. YARBROUGH: *Mr. Justice Black and His Critics*. Duke University Press, 1988. 50–51. E nézet két szenvedélyesebb megfogalmazását lásd *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 513 (1965) – Black bíró, különvélemény; és *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254, 276–77 (1970) – Black bíró, különvélemény.

Black bíró nagy feneket kerített a „no law” kérdésének, arra azonban már nem fordított gondot, hogy pontosan meghatározza azon törvényeket, melyeket az Első Alkotmánykiegészítés valójában megtiltott. Ez nem egyszerűen figyelmen kívül volt. Ahogy Alexander Meiklejohn azt hangsúlyozta, az Első Alkotmánykiegészítés a „szólas szabadságát” (*freedom of speech*) korlátozó törvényt tilítja, nem a „megszólas szabadságát” (*freedom to speak*) korlátozó. A „szólas szabadsága” kifejezés a szabadság szervezett és strukturális felfogását sugallja, egy olyan felfogást, amely tisztában van azzal, hogy az állami hatalom gyakorlása a szólas feletti korlátozott ugyan, de nem teljes egészében tilos. Black bíró véleményével ellentétben a Legfelső Bíróság megközelítése – a *R.A.V.*-esetben és másutt – megengedi a szólas korlátozást, am csupán arra a lehető legszűkebb mértékre korlátozva, ami ellen-gedhetetlen az állam alapvető funkcióinak működéséhez.

St. Paul város rendelte megfogalmazását tekintve lágra szabta érvényességé nek körét, talán túl tágra is. Minnesota állam Legfelső Bírósága tisztában volt a rendelet széles hatókörével, és annak biztosítása érdekében, hogy a rendeletet a szabályozás hagyományos keretei között tartsa, annak hatókörét a „támadó sza-vak” területére korlátozta. Ezen elnevezés azokra a kifejezésekre vonatkozik, ame-lyekről feltehető, hogy azonnali erőszakos választ váltanak ki azokból, akikre a kifejezés vonatkozik, és ezen felül kevés olyan gondolat elemmel rendelkezik, amely révén gazdaságilag a közügyek megvitatását. Ezen okok miatt az Egyesült Államok Legfelső Bírósága egyik korai szólásszabadság-ítéletében úgy határozott, hogy a „támadó szavakat” nem védi, vagy másképp fogalmazva, azokat az állam törzslétes módon korlátozhatja.

St. Paul város rendelethez ezen értelmezése szűkíti annak hatókörét, ám az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos problémáit nem szünteti meg, hisz, ahogy Scalia bíró mondta az *R.A.V.*-ben, a „támadó szavak” akkor is szavak. A „támadó szavakat” az állam korlátozhatja ugyan, ám, minthogy azok bizonyos esetekben a vélemény közvetítésének vagy álláspont megosztásának is eszkö-zei lehetnek, és mint ilyenek, részei a közbeszéd karcosabb oldalának, érzékeny kérdés, hogy *hogyan* szabályozzuk azokat.

Scalia a törvény elfogultságára hivatkozva találta elfogadhatatlannak azt a mó-dot, ahogy St. Paul eljár a kérdésben. Ez talán zavarba ejtően hangzik, ha tekintet-be vesszük St. Paul rendelethez alkalmas, minden releváns esetre kiterjedő hatás-körét. A rendelet bármely, többségi rasszista véleményt kifejező cselekményt tiltott, amely haragot vagy riadalmat kellett a megnyilatkozások célpontjaiban, le-

⁶ Lásd Alexander Meiklejohn: *The First Amendment Is an Absolute*. 1961 *The Supreme Court Review*, 243, 255.
⁷ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

gyenek azok fehérek vagy feketék. Másrészt viszont nem vonatkozott azokra, akik a rasszizmus ellen küzdöttek az antirasszistákra. Nyilvánvaló, hogy a rasszizmus ellen harcolók nem égetnek keresztek nézeteik népszerűsítése érdekében, ám éppúgy vannak szimbólumaik vagy megnevezéseik, amelyek másokban haragot, riadalmat keltenek vagy nekik sérelmet okoznak ezek az ő „támadó szavaik”. Például közterületen elhelyezett graffitiben ellenfeleikről azt a feltételezést fogalmazhatják meg, hogy azok nácik, vagy elégethetik az amerikai zászlót azok háza előtt, akikről az gyanítják, hogy rasszista nézetek hirdetői. St. Paul város rendeletének saját maga által szabott fogalmai szerint nem kívánta szabályozni az efféle tevékenységeket, és érvényességének ezen korlátaira hivatkozva Scalia bíró úgy érvelt, hogy a törvény a vélemény természete szerint tett különbséget szólás és szólás között, és így összeütközött az Első Alkotmánykiegészítés egy fő szervező-elvével. Scalia bíró elemzésének ezt a részletét rendkívül lényegesnek tartom. „St. Paul városának (...) nem áll hatalmában az egyik résztvevő számára engedélyezni a ketrecharc módszereit, miközben a másiknak megszabja, hogy betartsa a sportszerű ökölvívás szabályait.”⁸

A vélemény tartalmára hivatkozó megkülönböztetés tiltása az Első Alkotmánykiegészítés azon felfogásában keresendő, amely jelen könyvnek is központi témája, és a szakma számára is csaknem axiomatikus tétel – kimondja, hogy a törvény a demokratikus önkormányzás eszköze. E nézet szerint az Első Alkotmánykiegészítés célja a nép abbéli szuverenitásának védelme, hogy eldönthesse, miként kívánják életüket élni. Az állam nem azért van, hogy a nép helyett eldöntse a kérdést, és – számunkra itt még idevágóbb módon – az államnak nem megengedett a nyilvános vitát olyan módon manipulálnia, hogy az ténylegesen befolyásolja a döntést. Az államnak semlegesnek kell maradnia versengő vélemények megléte esetén. Scalia bíró szemében St. Paul városa megszegte a semlegesség kívánalmát, amikor olyan rendelkezést léptetett hatályba, amelyik korlátozta a rasszisták vélemény kifejező cselekvését, de azokét nem, akik a rasszizmus ellen küzdenek.

⁸ 112 S. Ct. at 2548. Scalia szintén ellenvetésként fogalmazta meg, hogy az intézkedés vonatkozott a faji ellentétekre, de a szakszervezeti konfliktusokra például nem. Ez az ellenvetés hasonló a *Police Dep't of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972) esetben tapasztalható elfogultsághoz, melyben a bíróság fenntartotta a sztrájkörtség betiltásának alkotmányellenes voltát, mivel az kivette hatálya alól a munkásmozgalmi sztrájkörséget, ám ez kevésbé tűnik központi kérdésnek döntésében és az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos elméletekben.

Az R.A.V. kritikussai közül sokan elismerték St. Paul rendeletének nem-semleges jellegét, ám e megkülönböztető eljárást az állami beavatkozás alapjául szolgáló tényleges értékre, az egyenlőségre alapozzák.⁹ E kritikuskok szerint semmi kivétel nincsen abban, ha a város az antirasszistáknak kedvez, mivel a Tizenhatmadik, a Tizenötödik Alkotmánykiegészítés, továbbá ezen intézkedések életbe lépő törvények mind ellentérnek a rasszizmust. A rasszizmus ellen küzdők tekintiből úgy, mint akik megvalósítják az Alkotmány egyenlőséget támogató céljait – mint az Alkotmány katonái –, és mint ilyenek, megilletik őket bizonyos előnyök a rasszizmus szöszölőivel vívott viták során. Igaz, a város nem semleges, ám minthogy olyan állásfoglalást támogat, amit az Alkotmány is támogat, így abból baj nem lehet.

Az R.A.V. iménti kritikája messzeható kérdéseket fogalmaz meg az önkormányzás korlátairól. Egy egyén számára megengedhető-e, hogy az önkormányzattal szerezett összeegyeztethetetlen cselekvéseket szorgalmazzon, és az Első Alkotmánykiegészítésnek meg kell-e védeni e személyt ebből a gyűlölettel szembe forduló jogait? Az Első Alkotmánykiegészítéshez fűződik egy hagyomány, amelyet a modern korokban legjobban talán az 1950-es évek kommunistaellenes keresztes hadjárataira adott ellenséges liberális reakciók illusztrálnak; mely a lehető legtágabb értelmen belül tekint az önkormányzás fogalmára, és amely igennel válaszol az előző kérdésre. Szabad a vásár, még az önkormányzatos alapelvek is. Csaknem mintha az Első Alkotmánykiegészítésből származna a forradalomhoz való jog.

A kommunistákat a kormány erösszakos megdöntésének támogatásával vádolják – az Alkotmány teljes eltörlesztéssel –, és a McCarthy-korszak liberális kritikussai úgy érveltek, hogy e lehetőség nyitva kell hogy álljon az emberek számára, hisz

⁹ Lásd például Cass R. Sunstein: *Democracy and the Problem of Free Speech*. New York, The Free Press, 1993. Akhil Amar professzor hibáztatja a Legfelső Bíróságot a polgárháborús alkotmánykiegészítések figyelmen kívül hagyása miatt, alapvetően a Tizenhatmadik Alkotmánykiegészítést használva mint az egyenlőség elvének forrását, ám megtorpan, és a bíróságot abban hibáztatja, hogy helytelenül választotta meg indokolásához az értékeket. Akhil R. Amar: *The Case of the Missing Amendments RAV v City of St. Paul*, 106 *Harvard Law Review* 124, 151-61 (1992).

csak így lehet azt alaposan megvizsgálni, és megfelelőképp elutasítani. Végül a Legfelső Bíróság a liberális álláspontot tette magáévá,¹⁰ és ezen ítéletek támogathatták az *R.A.V.*-döntést. Scalia nevében úgy is érvelhet valaki, hogy az Első Alkotmánykiegészítés a rasszizmus, vagy továbbmenve, a polgárháborús rabszolgaság-eltörölő alkotmánykiegészítéseket, illetve az azokon alapuló törvényeket megsemmisíteni kívánó szándék támogatását óvja. Függetlenül attól, hogy mi a kérdés, az államnak nem szabad állást foglalnia, és még fontosabb, nem szabad egyik kimenetel irányába sem terelni a kérdésről szóló vitát.

Az évek során a Legfelső Bíróság érzékeny egyensúlyt alakított ki a közéleti vitában betöltött semleges állami szerep és az állam rendőri fellépését lehetővé tevő szerep között. Ennek eredményeképp a Legfelső Bíróság mindig, még a legliberálisabb pillanataiban is megfontolta, hogy védje-e a felforgató szándékokat. A kommunisták számára megengedett volt, hogy a forradalom általános célkitűzéseiért fellépjenek, ám a bíróság meghúzott egy határt, amin túl a forradalom éltetése már izgatásnak számított. Hasonlóképp, lehet úgy érvelni, hogy a rasszisták-nak lehetőségük kell hogy legyen arra, hogy éltsék az egyenlőtlenséget írhatnak könyvet arról, hogy meg kell semmisíteni a polgárháborús alkotmánykiegészítéseket, vagy felvonulást szervezhetnek a faji felsőbbrendűség eszméinek támogatására –, ám nem lehetnek jogosultak arra, hogy egy fekete család háza előtt éjszaka keresztet égetve fejezzék ki nézeteiket. Az ilyen kifejezés-cselekvés tekinthető „fenyegetésnek” vagy „zaklatásnak” és az „uszításhoz” hasonlóként kezelendő olyan szó-lás-cselekvés, amely átmenetileg megtestesíti azt a fajta károkozást, amelyet az államnak egyértelműen joga van korlátozni. Megtagadni az állam azon jogát, mely az efféle szó-lás korlátozásához fűződik, egyet jelentene azzal, hogy megtagadjuk tőle a károkozás megelőzéséhez szükséges hatalmat.

Ez mind igaz, ezzel együtt érdemes ismét hangsúlyozni, hogy a Legfelső Bíróság az *R.A.V.*-ben nem a cselekvés, hanem a rendelet felett ítélkezett; könnyen lehet, hogy az államnak rendelkeznie kell hatalommal a fenyegetések, zaklatások, „támadó szavak” általános korlátozása alá eső kereszttegetés tiltásához. Az *R.A.V.*-ben semmi sem zárta ki ennek lehetőségét. Amire az ítélet összpontosított, az a tény volt, hogy St. Paul rendelete a szó-lást részrehajlóan korlátozta: vonatkozott a rasszisták „támadó szavaira”, de a rasszizmus ellen küzdők hasonló megnyilvánulásaira nem. Ez olyan lenne, mintha a kommunisták uszítását korlátozni kívánná az állam, a kapitalistákét pedig nem.

¹⁰ Lásd *Noto v. United States*, 367 U.S. 290 (1961); *Scales v. United States*, 367 U.S. 203 (1961), *Yates v. United States*, 354 U.S. 298 (1957). Ezen esetek általános tárgyalását lásd Harry KALVEN, JR. *A Worthy Tradition. Freedom of Speech in America* Harper & Row, 1988. 211–26. Lásd még *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 447 (1969) az erőszak használatának megakadályozása csak akkor megengedett, ha a támogatásból azonnali törvénytelen cselekedetre való izgatás lett.

A liberális állásfoglalás a kommunista esetekben és Scalia bíró tiltakozása a St. Pauli rendelet részrehajlása ellen azon a szemléleten alapulnak, amely a szólási rendkívül kivételezett helyzetben tünteti fel. Scalia bíró gyakorlatilag azt mondja, hogy bármely közüggel kapcsolatos vitának zavaratlannak és szelvsre nyitottnak kell lennie, még akkor is, ha alkotmányos védelem alá tartozó értéket – mint amilyen az egyenlőség – veszélyeztet. Az Első Alkotmánykiegészítés az első. Az R.A.V.-döntés kritikussai kitarottak amellelt, hogy az alkotmányos értékek értéke fontosági sorrendbe állítása nem indokolható – a szabadság és az egyenlőség konfliktusában nem világos, hogy miért a szabadságnak kell érvényesülnie. E fontosági sorrend harmónizálhat a klasszikus liberális filozófiával, annak is az egyenlőség szabadság iránti kizárólagos odaadásával, azonban a mai liberalizmus, különösen, ahogy azt az 1960-as évek polgári jogi mozgalmi módosították, egy ketős kötéssel jellemezhető: a szabadság és az egyenlőség iránti együttes kötéssel. Az R.A.V. alapelve ebben a vonatkozásban nem tökéletes. Ezzel együtt azok akik az R.A.V.-t ezen az alapon bírálják, Scalia bírónál nem szilárdabban a saját alapelveiket illetően – a szabadság és az egyenlőség konfliktusában ok egyeztetően az egyenlőséget emelik ki, anélkül, hogy ezt különösebben megindokolnák. Ez egy zsákutca, ahol a liberálisok saját magukkal csatáznak. Az egyik csoport a szabadság elsőbbsége mellett tör lándzsát, a másik az egyenlőség elsőbbsége mellett, és egyik sem nyújt elvi alapon megindokolt magyarázatot. A liberálisoktól azt várják, hogy meghatározó elveik tekintetében döntsenek az egyik mellett a másik rovására.

¹¹ Edmond Cahn használta e formulát a McCarthy korszakban. Edmond Cahn: *The Firmness of the First Amendment*, 65 *Kate Law Journal* 464 (1956). E korszakban mások az Első Alkotmánykiegészítést „előnyben részesített szabadságnak” nevezték. Lásd Robert B. McKay *The Preference for Freedom*, 34 *New York University Law Review* 1182 (1959).

III.

A liberálisokat manapság megosztó dilemmán gondolkodva úgy tűnik nekem, hogy nem lehetetlen, legalább az érvelés kedvéért, beleegyezni Scalia bíró legfőbb – az Első Alkotmánykiegészítést legfontosabbnak tekintő – alaptézisébe, és mégis elfogadhatónak találni St. Paul rendeletének részrehajló jellegét. Mint ahogy amellett érveltem a pornográfia kontextusában (a 4. fejezetben) és a kampányfinanszírozást tárgyalva (az 1. fejezetben), a megközelítés a szólás elnémitő hatására összpontosít. E megközelítés alapja az, hogy a keresztégetés nem csupán támadja a feketéket, nem csak azon jogukat veszí semmibe, hogy ott lakjanak, ahol az nekik tetszik, hanem korlátozza a feketék szóláshoz fűződő jogait is. Elriasztja őket attól, hogy részt vegyenek a társadalom közös ügyeinek megvitatásában és eldöntésében. Így kevésbé érzik a jogosultságot és a hajlandóságot arra, hogy nézeteiknek a nyilvánosság előtt hangot adjanak, és inkább megtartják azokat maguknak. Csaknem oly hathatós az elhallgattatásuk, mintha állami beavatkozás révén történt volna.

Ebből a szemszögből nézve St. Paul rendelete hasonlatosnak tűnhet ahhoz, amikor a parlamentarier igyekszik megvédeni a közéleti vita sérthetetlenségét. A város a feketék szóláshoz való jogának védelmét próbálja biztosítani; és a rendelet nem pártatlan, mivel a város úgy döntött, hogy a rasszisták nem kívánnak efféle védelmet, sőt, egyes szólás-cselekvéseiket – így például a keresztégetést igen, de egy könyv kiadását vagy a főutcán fehér csuklyában vagy náci egyenruhában masírozást már nem biztos – korlátozni szükséges annak érdekében, hogy így támogassák a feketék önkifejező cselekvéseit. St. Paul ezért némít el egyeseket, hogy így mások juthassanak szóhoz.

E beavatkozással a város a feketék szólással kapcsolatos jogait védi, és az a meggyőződés áll mögötte, hogy a célt csak a rasszisták számára nyitva álló, szólásnak minősülő cselekvések korlátozása által érheti el. A feketék szólás-jogait ily módon előnyben részesítve a város nem foglal állást – alkotmányos vagy másminlyen alapon – az értékekről, melyet az egyes oldalakon megfogalmazott nézetek képviselnek. Ezzel szemben azt mondja, hogy a közösség ezen szegmensét alaposabban meg kell ismerni ahhoz, hogy a közvélemény megfontolt döntéseket tudjon hozni a napirendjére kerülő kérdések sokaságával kapcsolatban, kezdve a pozitív diszkriminációval az oktatáson át a jóléti szolgáltatásokig. A város ekkor úgy cse-

lecszik, mint a parlament, és igyekszik véget vetni egy olyan cselekvésnek, amely egy másik csoportot elnémt, és így törzsi és csorbítva a közösségek megvitatását. Nem kívánja elbitorolni a közvélemény kollektív öntendelkezési jogát, hanem épp ellenkezőleg: erősíteni igyekszik a nyílvanosság és jog helyes gyakorlására való képességét.

Kétségtelen, hogy a beavatkozás valószínűleg hatással lesz az emberek választására. A folyamatok szabályozása a végéreldmény megváltoztatásával jár. Az, ahogy a végéreldmény ennek hatására változik, hasonló lesz ahhoz a változáshoz, amelyet a parlamenten idéz elő azáltal, hogy ragaszkodik ahhoz, hogy minden oldalt meg kell hallgatni. Bár egy gyűlés résztvevői különbözőképp szavazhatnak, ha nem csak egy oldal véleményét ismerik meg, hanem a vitában minden álláspontot meghallgatnak, ez a dolog inkább udvozlandó, semmint elítélendő. Az Első Alkotmánykiegészítés által óva írtott demokratikus önkormányzás elve nem egyszerűen az emberek választásait védi, hanem azokat a választásokat, amelyeket a szükséges információk birtokában, és a döntés megfontolásának megfelelő körülményei között hoznak az emberek.

Egy korábbi korszakban az Első Alkotmánykiegészítés gondolkodói, olyanok, mint Alexander Meiklejohn és Harry Kalven, a szabad szólás liberális álláspontjának megalkotói, gyakran használták a „parlamenten” metaforáját az állam szabad szólás szabályozásában betöltött szerepének megtagadására.¹² Ők a társadalmat egyetlen gigantikus gyűlésként (*town meeting*) fogták fel, ezen elgondolás szerint védtek a közbeszéd „idő, hely és mód” aspektusait szabályozó elképzeléseket, és ők fejtették ki, hogy a „becelő vétője” miért oly kifogásolható. Mostanában Robert Post professzor illetve kritikával a „faluigylés” fogalmának efféle használatát és a következtetést, hogy az állam szerepe úgy fogható fel, mint a parlament-ter. Álláspontja szerint e nézet legmélén antidemokratikus feltevések rejlenek.¹³

Post szerint, míg a valódi faluigylések alapja az, hogy a résztvevők megállapodnak a tanácskozás napirendjében – olykor hallgatólagosan vagy informálisan –, a civil társadalomról ez nem mondható el. A civil társadalomban nincs közös döntés, minden elgondolás számít. Post szerint a civil társadalom akkor tekinthető faluigylésnek, ha van napirendje, ám ez csak akkor jöhet létre, ha az állam valamilyen

¹² Lasd Alexander Meiklejohn: *Political Freedom. The Constitutional Powers of the People*. New York, Harper & Brothers, 1948. 24. 28.; Harry Kalven, Jr.: *The Concept of the Public Forum*. New York, *The Supreme Court Review* 1, 23–25.
¹³ Lasd Robert C. Post: *Meiklejohn's Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse* 64 *University of Colorado Law Review* 1109, 1113–19 (1993), újraközölve: Robert C. Post *Constitutional Domain: Democracy, Community, Management*. Cambridge, Harvard University Press, 1995. 268. Post álláspontjának erőteljes kritikáját lásd Morris Lipton: *Autonomy and Democracy*. 104 *Yale Law Journal* 2249 (1995).

önkényuralmi eszközt vet be ennek érdekében, és ha figyelmen kívül hagyják azt a demokratikus elvet, hogy a polgárok felelősek a nyilvánosság napirendjének megalkotásáért, és hogy bármikor szabadon meg is változathatják azt.

A falugyűlés fogalma valóban feltételez egyfajta napirendet – kell hogy legyen súlyozás a fontosság tekintetében –, azonban a napirendeket, legyenek azok valódi gyűléseké vagy átvittebb értelmű feladatoké, az állam vagy más külső erők befolyásától független résztvevők deliberatív cselekvésének, azaz közös eszmecseréjének és döntéshozatalának kell létrehoznia. E folyamat történhet organikusabb módon is. A demokratikus társadalmakban a közbeszédet mindig strukturálja bizonyos napirend – ezen a héten az atomenergia terjedése, jövő héten az egészségügy –, azzal együtt, hogy ennek a napirendnek nincs konkrét szerzője.

Természetesen én ambiciózusabb szerepet szánok az államnak mint parlamentnek annál, ahogy azt Kalven és Meiklejohn elképzelte. Legnagyobb részt úgy gondolták, hogy az állam mint parlament szerepe kimerül abban, hogy egy egyszerű formulát – amilyen például H. M. Robert parlamenti kézikönyve, a „Robert működési szabályzata” (*Robert's Rules of Order*) – követ, egy olyan előre megszabott ügyrend alapján, amely független a tartalomtól, attól, hogy mi csapódik le a vitából vagy hogy mi hangzik el, és néhány olyan általános szervezőelven alapszik, mint például a történések időbelisége. Igazából maga Kalven volt az, aki az 1970-es évek elején kelt írásaiban a tartalomalapú szabályozás elleni szabályt amelyet Scalia is megidézett – az Első Alkotmánykiegészítés fundamentumába helyezte.⁴ Kétlem, hogy maga Kalven úgy tárgyasította volna ezt az elvet, mint ahogy azt a Legfelső Bíróság tette azóta, hogy megírta e gondolatokat, ám mindezenre mára világossá vált, hogy az állam nem korlátozható a „Robert működési szabályzata” című kézikönyvben foglaltakra, ha a „parlament” szerepét kívánja betölteni. Egy méltányos „parlament” figyelemmel kell lennie a parlamenti nyomásgyakorlás folyamataira, illetve azoknak a vita teljességére gyakorolt hatására. A visszataszító és utálatos beszéd egyes résztvevőket visszavonulásra kényszeríthet, ami a téma teljes megtárgyalására nézve éppen olyan végzetes lehet, mint a felszólalások rendjét megszegő felszólalás.

Az állam mint parlament felfogását vallva, és felvetve, hogy St. Paul keresztégetési rendelete szolgálhatja a közéleti viták erőteljesebbé válását, nem kívánom lekicsinyelni vagy figyelmen kívül hagyni a keresztégetés és hasonló véleménykifejező cselekvések egyes csoportok társadalmi helyzetére gyakorolt hatását. Sőt, még annak lehetőségét is elismerem, hogy ez volt a motiváció a jogalkotási döntés mögött. Ugyanakkor, mint ahogy arra a legnagyobb tiszteletben tartott jogi eseteink tanítanak, az alkotmányos elemzés számára nem az aktuális indíték a fontos,

⁴ Lásd általában KALVEN (10. l.), 3–236.

hanem a lehetséges indoklások.¹⁵ Függetlenül azoktól a meggondolásoktól, amelyek a törvényhozókat szubjektíve motiválták, a törvény csak akkor léphet hatályba, ha objektív módon nyer indoklást – ha legitím célokat szolgál. Bár a szokásos Első Alkotmánykiegészítés doktrína megkívánja, hogy a szabályozás célja kapcsolódjék valamilyen meghatározott sürgős dologhoz (emelt szintű mérce), hogy az eszközök és a célok közti megfeleltetés a szokásosnál is precízebb legyen (a legkevésbé korlátozó lehetőség), a törvény érvényessége mégis attól függ, hogy mi mondható el tárgyalásgosan a rendelkezés védelmében.

Nyilvánvaló, hogy a St. Paul-eset elemzésének e módja sajátos tények és összefüggések függvénye. Megítélése azon a döntésen múlik, hogy a szabályozandó szóhasználat van-e elhallgattató hatása, továbbá, hogy a közülgyek megtárgyalása erőteljesebb lesz-e, ha az állam ezt vagy azt a megoldást választja. E kiindulópontok alapján nem lehet általánosan érvényes döntéseket hozni. Még ha a rendelkezés a gyűlölködő beszéd egy szűk körére, mondjuk a „keresztegyesítésre” szorítkozik is, a rendelkezés bizonyos alkalmazzásai alkotásmányellencsék lehetnek, ha a szóhasználat ellen irányul, akit nem hallgattat el, ami megítélhető, ha a célpont nem egy bátrányos helyzetben lévő csoport tagja. Ekkor a gyűlöletbeszédnek lehet egy nincs elhallgattató hatása, és St. Paul megteheti, hogy nem tud megfelelni a dokkolással szolgáló rendelet alkalmazására nézve azon az alapon, hogy mint parlamentter lép fel. Az elhallgattató hatás nem egyszerűen a szóhasználatról függ, hanem azok társadalmi helyzeteiről is, akik hallják azt.

Ezen oknál fogva megteheti, hogy helyes a Legfelső Bíróság döntése az R.A.V.-ben, megértően az elkövetőknek az Első Alkotmánykiegészítés által szavatolt jogát a gyűlölet motíválta cselekedetre, de a Scalia bíró által alkalmazott elmelet és a rendeletet általánosságban elítélni nem az. Míg elismerem, hogy lehetnek olyan körülmények, amikor a gyűlöletbeszédnek nincs ilyen elhallgattató hatása, és így lehetetlen lenne az állam cselekvését a parlamentter teretként igazolni, a Legfelső Bíróság sosem mérte fel a gyűlöletbeszédnek magán a beszéden mutatkozó következményét, és sosem készített empirikus vizsgálatot, amit egy ilyen elmelet megkíván. Csak a szabadság és az egyenlőség közötti konfliktust látva, kész lévén a szabadság elsőbbségét kinyilvánítani az egyenlőség fölött, a Legfelső Bíróság a részrehajlásra hivatkozva egyszerűen eltorlítja a rendeletet. Ebbeli tétiben a Legfelső Bíróság nem értette meg, hogy nem egyszerűen a szabadság és az egyenlőség konfliktusával áll szemben, hanem a szabadságon belüli konfliktussal is, és e konfliktusok feloldásához bizonyos mértékű részrehajlás elfogadható, sőt, akár szükséges is lehet.

¹⁵ Lásd például *Katzenbach v. Morgan*, 384 U.S. 641, 653 (1966).

**Szabad szólás és az előzetes
korlátozás doktrína**

7.

Prologus

Az 1980-as évek elején az Egyesült Államok Információs Szolgálat (USIS) azzal bízta meg Burke Marshallt, hogy válogasson össze egy esszégyűjteményt, amely bevezeti a külföldi olvasókat a Legfelső Bíróság munkájába. Engem is meghívtak a válogatásba, és úgy döntöttem, hogy a Pentagon-iratok eseteit dolgozom fel, amelyben a Legfelső Bíróság és az Első Alkotmánykiegészítés egyik legmagasabbabb ítéletalkotása történt. Témaválasztásomnak részben köze volt ahhoz, hogy el voltam merülve a Kalven-kézirat gondozásában, amely később Egy csodálatra méltó hagyomány (A Worthy Tradition) címmel megjelent. Szintén évekkel korábban elemezni kezdtem az előzetes korlátozás doktrínát, amely ezen esetben olyan fontos szerepet játszott, egy, a jogorvoslatokról szóló idéggel inkább munka részeként [lásd The Civil Rights Injunction (1978)].

Ez az esszé nem a kötet többi tanulmányában oly központi kérdést – a társadalmi és gazdasági egyenlőtlenségek politikai szabadságjogokra gyakorolt hatásait – járja körül. Ugyanakkor azonban fontos bevezetőként szolgál a következő fejezetben tárgyalt kérdés, a szabad sajtó szükségleteinek tárgyalása előtt. Jelen írás egyúttal az első olyan alkalom is, amikor szisztematikusan és kritikailag kellett reflektálnom drága barátom, Harry Kalven munkájára, aki – amikor kollégák voltak a Chicagói Egyetemen – megjegyzést fűzött a Pentagon-iratok esetehez a Harvard Law Review 1971. novemberi számának Előszavában (Foreword). Hogy elítéljék a Legfelső Bíróság ítéletének Kalven általi forró melletlenségét, egy kritikai álláspontot kezdtem megfogalmazni, amely hamarosan a Szabad szólás és társadalmi struktúra (jelen kötet I. fejezete) formáját öltötte. A Marshall-válogatás 1982-ben jelent meg A Legfelső Bíróság és az emberi jogok (The Supreme Court and Human Rights) címmel.

Az 1960-as évek a szólásszabadság legfényesebb pillanatainak egyikét hozta Amerikának. A polgárok lelkesen gyakorolták a kormány bírálásához fűződő jogukat, és az Earl Warren vezette Legfelső Bíróság védte a tiltakozókat. Az évtized polgári jogi tüntetéseivel kezdődött, ám az 1960-as évek végére a tiltakozás célpontja a vietnami háborúban való amerikai szerepvállalás lett.

A háborúellenes mozgalom marginális csoportok tüntetéseivel kezdődött. Ahogy egyre világosabbá vált, hogy sem a győzelem, sem a béke nincs elérhető közelségben, és hogy az Egyesült Államok fő hadviselő és nem csupán a dél-vietnami kormányt segítő erő, a tiltakozások a társadalom egyre nagyobb csoportjaira kezdtek kiterjedni. Hamarosan a választási politikában is megjelent a feszültség. A háborúellenes mozgalom kétségtelenül hozzájárult ahhoz, hogy Lyndon Johnson elnök 1968-ban úgy döntött, hogy nem indul a versenyben az újraválasztásáért; csakúgy, mint a Johnson által kijelölt utód, Hubert Humphrey vereségéhez, és ahhoz, hogy a háború olyan nyílt ellenzői lehettek elnökjelöltek, mint Robert Kennedy, Eugene McCarthy és George McGovern.

A háborúellenes mozgalom taktikája is változott, a Martin Luther King által bevezetett erőszakmentes polgárjogi tüntetések „konfrontációs politikává” változtak, azaz olyan tömeggyűlésekké, amelyek nemritkán pusztító és erőszakos fordulatot vettek. Egyes összetűzések ezek közül, mint például az 1967-es felvonulás a Pentagonnál vagy a Demokrata Párt chicagói jelölőgyűlése 1968-ban mára már történelmünk jelentős eseményei lettek. A katonai behívásokat is támadták. Háborúellenes aktivisták elégették a katonai behívójukat, ellenállásra szólítottak föl, megtámadták a szövetségi sorozóirodákat (*Selective Service System*), és gyakran megakadályozták, hogy a fegyveres testületek toborozhassanak az egyetemi kampuszokon. Hadiszállító magánvállalkozások váltak a tiltakozások célpontjaivá, gyakran sértő és szemtelen módon.

E taktikák a politikai tolerancia határait tesztelték. Országunkban a szabad szólás hagyománya sosem volt libertariánus. Minden, az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos esetben a védett és a nem védett szólás közötti határvonal meghúzása a feladat. A Legfelső Bíróság mindig azt kutatta, hogyan lehet a rendfenntartó állami érdeket lecsillapítani, és ahogy a háborúellenes mozgalom taktikája egyre harciasabb lett, ezen érdek is egyre erősödött. A Warren testület elkötelezettsége a szabad és nyílt viták iránt egyre nagyobb nyomás alá került.

1971. június 13-án a háborús tiltakozás fordulóponthoz érkezett, és új próba elé állította a szabad szölas hagyományát. A *New York Times*, a legnevesebb és legtekintélyesebb amerikai újság elkezdte közzétenni a Pentagon-iratokat. Az eredetileg „Az Egyesült Államok döntési folyamatainak története a vietnami kérdés ügyében” (*History of the United States Decision Making Process on Vietnam Policy*) címet viselő anyag 47 kötet terjedelemben mutatta be az Egyesült Államok szerepvállalását Indokínában. A tanulmányt 1967-ben Robert McNamara akkori hadügyminiszter rendelte meg, és elkészítése több mint egy évet vett igénybe. A szerzők hozzáfértek hivatalos kormányzati anyagokhoz és feljegyzésekhez, beleértve szigorúan titkosított iratokat is. A végredmény egy (minireg 3000 oldalas) elbeszélés és a hivatalos iratok (minireg 4000 oldalas) gyűjteménye lett. A Pentagon-iratokat önmagában szigorúan bizalmasnak minősítették.

Az iratok megjelenése a *New York Times*-ban azonnali felzúdulást okozott, és Washington is tüstént válaszolt. Már másnap, június 14-én az Egyesült Államok legfőbb ügyésze az alábbi táviratot küldte a japnak:

Arthur Ochs Sulzberger
Elnök és Kiadó
New York, New York

A Vedełmi Miniszter értesített, hogy a New York Times által 1971. június 13-án és 14-én közzétett, „Külcsfonissági anyagok a Pentagonon vietnami tanulmányból” címet viselő szöveg az Egyesült Államok nemzetvédelmével kapcsolatos információkat tartalmaz, amelyek szigorúan bizalmas besorolás alá esnek. Az ilyen információk közzétételét az Egyesült Államok Törvénykönyvének 18. cím alatti Törvény a kémkedésről című rendelkezése, 793. szakasz, kifejezetten tiltja.

Ezen kívül, hasonló jellegű információk további közlése jövedelhetetlen károkat fog okozni az Egyesült Államok nemzetvédelmi érdekeinek.

Ennek megfelelően tisztelettel kérem, ne tegyen közzé több ehhez hasonló információt, és biztosítson arról, hogy megfelelő intézkedéseket hozott a dokumentumoknak a Védelmi Minisztérium számára való visszaszolgáltatására.

John N. Mitchell
Legfőbb Ügyész

Hogy mi állt e követelés mögött? Ez máig fogas kérdés, nagyrészt azért, mert a Pentagon-iratok egy történeti jellegű dokumentum volt, ami a második világháborútól 1968-ig terjedő időszak eseményeit tekintette át. A történelem természetesen okozhat kellemetlen pillanatokot egy kormányzat számára, ám nehéz megítélni, hogy ez a történet – amely 1968-ban megszakadt, és amely döntően az amerikai katonai akciók elterjedésével foglalkozik a John Kennedy és Lyndon Johnson demokrata elnökök alatti időszakban – hogyan lehet kellemetlen *ennek* a Richard Nixon vezette republikánus kormánynak, amely 1969-ben állt fel. Elképzelhető, hogy az iratok publikálása valahogy befolyásolhatta az éppen folyó béketárgyalásokat; a közzététel erősíthette volna a háborúellenes mozgalmat, és ily módon ösztökélhette volna a Dél-Vietnami Nemzeti Felszabadítási Frontot (*Viet Cong*) vagy Észak-Vietnamot, hogy hajthatatlanok legyenek. Vagy talán a dokumentumok között voltak olyanok, amelyek bár 1968-nál korábbról származtak, mégis tartalmazhattak érzékeny információt a későbbi katonai helyzettel vagy a technológiával kapcsolatban. Ám e magyarázatok ma túlzásnak tűnnek, és 1968-ban is annak tűntek. Mint azt Brennan legfelső bírósági bíró mondta a nem sokkal később indult eljárás során, a legfőbb ügyész a bírói eljárás teljes időtartama alatt egyetlen konkrétumot sem említett, amellyel illusztrálta volna, hogy az iratok közzététele milyen módon veszélyeztethette „az Egyesült Államok nemzetvédelmi érdekeit”. „A kormány érvelésében az ütkártya ezen ügyek teljes ideje alatt” mondta Brennan bíró „az volt, hogy az iratok publikálása különféle módokon »csorbíthatja« vagy »csorbíthatná« a nemzet érdekeit.”¹

Gyanítom, hogy a legfőbb ügyész kevéssé e tanulmány közzététele miatt, am sokkal inkább a *hatalom szerkezetét* ért kihívás miatt aggódott. Mitchell az iratok közzétételeiben mindenekelőtt a titkosítási rendszer sérthetlenségével és a kormánynak e rendszer védelmére való képességével szembeni fenyegetést látott. Ez az oka annak, hogy aggodalma nem korlátozódott a *New York Times*ra, hanem Daniel Ellsbergre, a RAND kutatóintézet alkalmazottjára is kiterjedt, aki az iratokkal dolgozott, és aki megszegve a titkosítási szabályokat, eljuttatta azokat a *New York Times*hoz. A kormány számára az, hogy Ellsberg eljuttatta az iratokat a laphoz, és hogy a *Times* a megjelentetésük mellett döntött, kevésbé az indokainai

¹ *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713, 725 (1971). Lásd általában John Cary Sims *Triangulating the Boundaries of Pentagon Papers*. 2 *William & Mary Bill of Rights Journal* 341 (1993).

háborúit fenyegette, mint inkább a végrehajló hatalomnak a képességét arra nézve, hogy a nemzetbiztonsággal kapcsolatos ügyeit titokban tartsa

A *New York Times* természetesen másképp látta a dolgot, és megtagadta, hogy teljesítse a legtöbb ügyész követelését a közszéttel felülvizsgáztatásról. A lap nyilvános közleményében leszögezte, hogy „az ország népének érdeke, hogy megismerje a cikksorozat tartalmát”. A *New York Times* így nyilatkozva jelezte, hogy vállalja annak kockázatát, hogy a kémkedési törvény alapján vád alá helyezik, ahogy azzal táviratban fenyegetőztek. A *New York Times* állt a megpróbálások elebe. Azonban a legtöbb ügyész fenyegetésére, hogy az iratok kiadását felülvizsgáztatás végzését két - amely konkrétabb formát is öltött a táviratot követően -, válaszképp szelidebben fogalmaztak, tartva a távirat azon mondataitól, amely „helyrehozhatatlan károkról” beszél. A *New York Times* kijelentette, hogy megtámadja a bíróságon a felülvizsgáztatás határozatát, am mindenesetre „engedelmeskedik a bíróság végző döntésének”. Más szóval, a *New York Times* felkészült arra, hogy a kémkedési törvény alapján perbe fogják, de a bíróság megsejtését (*contempt*) nem akarta megkockáztatni, ami megtörtént volna, ha a felülvizsgáztatás határozat ellenére folytatják az anyag publikálását.

E feladás válaszi és a harmadik rész megjelenését követően a legtöbb ügyész beállította fenyegetését, miszerint felülvizsgáztatás végzését két a lap ellen, és a New York-i szövetségi bíróságon megítélte ehhez a megfelelő lépéseket. A peres bíróságon sikerrel járt, és a *New York Times*, bár fellebbezett a Szövetségi Fellebbviteli Bírósághoz (*Second Circuit*), felülvizsgáztatás a sorozat megjelölését. Úgy tűnt, hogy a kormány az első csatát megnyerte, ám igen hamar úgy tűnt, hogy a felülvizsgáztatás határozatnak vajmi kevés jelentősége van. A kongresszus egyes tagjai hozzászórtak az iratok példányaihoz, és Mike Gravel szenátor nekilátott az iratok fellebbezésnek, hogy azokat rögzítse a törvényhozás jegyzőkönyvére, a *Congressional Record*. A *Washington Post* szintén szerzett egy példányt az iratokból, és neki látott azok közszéttelének. A legtöbb ügyész perbe fogta a lapot a washingtoni szövetségi bíróságon. Azonban ellentétben a New York-i döntéssel, a washingtoni bíróság nem adott ki felülvizsgáztatás végzését a *Washington Post* publikációjával szemben. E döntést megsejtette District of Columbia Fellebbviteli Bírósága, míg a Szövetségi Fellebbviteli Bíróság a felülvizsgáztatás végzését erősítette meg.

E különös helyzet két beadványt eredményezett a Legfelső Bíróságra. A legtöbb ügyész a washingtoni ítélet felülvizsgáztatásért, a *New York Times* a New York-i döntés felülvizsgáztatásért nyújtott be keresetet. A Legfelső Bíróság nem ítélt ki a feladat elől, és az idő is sürgetett. A *New York Times* érvelése szerint fontos az olvasói száma, hogy mielőbb hozzáférjenek az iratok tartalmához, ezért kérte a folytatás engedélyezését. A legtöbb ügyész is érdeklődött a gyors döntésben, mivel ahogy teltek a napok, egyre nagyobb volt annak a veszélye, hogy követelése, legalábbis ami a Pentagon-iratokat illeti, már csak formális lesz: nem marad titok, amit meg lehetne védeni. Még azután is, hogy a beadványok megérkeztek a Legfelső Bíróságra, az iratok országsszerűen kiadták felbukkannak:

először a *Boston Globe*-ban, aztán a *St. Louis Post-Dispatch*-ben, majd a *Los Angeles Times*-ben. A Legfelső Bíróság szintén érdekelt volt a gyors ügyintézésben. éppen nyári szabadságára készült visszavonulni.

Mindezt a nyomást érzékelve a Legfelső Bíróság meggyorsította az ügymenetet. Felfüggesztő utasítást küldött a New York-i és a washingtoni bíróságokra, hogy a *status quo* ne változzon a két ügyben; minden féltől rövid határidővel kérte a beadványokat, még szombati napon is tartott szóbeli meghallgatásokat, mely körülmények csak növelték a közérdeklődést az ügy iránt. 1971. június 30-án, alig több mint két héttel az után, hogy az iratok először megjelentek a *New York Times*-ben és hogy a legfőbb ügyész perbe fogta a lapot, a Legfelső Bíróság kihirdette az ítéletét és visszautasította a legfőbb ügyész keresetét. A szabad szólás győzött, de a lehető legkülönösebb módon.

Egyfelől a bíróság sokféle hangon szólalt meg. A kilenc bíró kilenc eltérő véleményt fogalmazott meg, és bár egyesek közülük csatlakoztak később valamelyik társuk véleményéhez, véleményeik több csoportba oszlottak. A bírák közül hárman Burger, Harlan és Blackmun – engedélyezték volna a legfőbb ügyész számára a felfüggesztő végzést, azaz ők különvéleményt fogalmaztak meg. A többi hat bíró – akik együtt a többséget képviselték – között nem volt egyetértés, hogy mi legyen a felfüggesztő végzés megtagadásának indoka. Marshall bíró a hatalmi ágak szétválasztását idézte meg. Először, mint leszögezte, a végrehajtó hatalomnak a kongresszus által megszabott büntetőjogi eszközök használatára kellene korlátoznia működését; másodszor, a bíróságok nem „alkothatnak törvényt” szabadon, ami megtörténne, ha egy olyan felfüggesztő végzést bocsátanának ki, amelynek nincs törvényi alapja. A többi öt bíró szintén a végzés ellen szavazott, de ők a szólásszabadság alapján elemezték az esetet. Ugyanakkor ők is megosztottak voltak bizonyos kérdésekben. Black és Douglas bíró libertariánus álláspontot foglalt el: a szabad szólás abszolút, amely nem visel el semmilyen állami cenzúrát, legyen annak formája egy felfüggesztő végzés vagy más, és legyen bár annak indoka a nemzetbiztonság vagy kevésbé emelkedett cél. A másik három bíró, akik az ügyet a szabad szólás fogalmai szerint vizsgálták – Brennan, Stewart és White bírók – a felfüggesztő végzést, a cenzúra intézményét vették szemügyre. A végzést az előzetes korlátozás egy formájaként értelmezték, és az Első Alkotmánykiegészítést az előzetes korlátozást különösen tiltó rendelkezésként értékelték.

Brennan bíró fogalmazta meg legtisztábban, hogy milyen nagy teher hárul az államra, ha indokot akar szolgáltatni az előzetes korlátozás elrendeléséhez: „Ilyen módon csak akkor adható ki egy ideiglenes korlátozó rendelkezés, ha az állam igazolásképp bizonyítani tudja, hogy állításának megfelelően a kiadvány nyilvánvaló, közvetlen és azonnali módon okoz olyan eseményt, amelynek következményei rokoníthatóak egy már tengeren lévő rakomány veszélyeztetésével.”²

² 403 U.S. at 726–27.

Stewart bíró hasonlóan állította, hogy az előzetes korlátozás akkor tolerálható, ha a korlátozandó kifejezés eredményeként „közvetlen, azonnali és jövőténhetetlen kárt szenvedne az ország vagy annak népe.”³³ Azt is felvezette, hogy egy enyhébb mércé alkalmazható lenne úgynevezett későbbi korlátozásra a leginkább bajóslátó ezek közül a kémskedésért való vádemelés, amivel a legtöbb ügyész fenyegetett White bíró, a harmadik azok közül, akik az előzetes korlátozás elvére hivatkoztak véleményükben, megglehetősen egyértelműen fogalmazott ebben a kérdésben: „Az előzetes korlátozás szokatlannul nagy súlyú érveket kíván meg az Első Alkotmány-előzetes korlátozás szerint; azonban ha az állam nem tudja megindokolni az előzetes korlátozást, az még nem csorbíja alkotmányos jogosultságát arra, hogy büncselekményt megvalósító publikáció miatt járjon el. Az, hogy a kormány hibásan előzetes korlátozást kívánt fogamatossítani, nem jelenti, hogy más módon ne járhatna el sikeresen.”³⁴ Olyanakkor, ellentétben Brennannel és Stewarttal, meglepő módon hallgalt az arról, hogy milyen szigorú mércét kívánna meg az előzetes korlátozás.

Hogy a dolgok csak bonyolódjanak, a Legfelső Bíróság közzétett egy úzedit, „Per Curiam” véleményt is. E cím alatt általában jelenéklelen vélemények vagy utasítások jelennek meg, amelyekben nincs véleménykülönbség a bírák között, és amikor az eldöntendő kérdés annyira triviális, hogy nem igényel terjedelmesebb indoklást. Ebben az esetben a Per Curiam ítélet teljesen más célt szolgált. Az volt a feladata, hogy egy közös pontot, egy fogódzót találjon, amiből kiindulva a Legfelső Bíróság döntése – a felülggesztő végzés érvénytelenítése levezethető.

A bírák véleményeinek közös nevezőre hozásában a Per Curiam vélemény meglepően hézagoss volt. Mindössze annyit tett, hogy leírta a bíróság előtt levő esetek procedurális jellemzőit, kihirdette az eredményt (a felülggesztő végzés érvénytelenítése), és igazolta a döntést néhány korábbi ügyet idézve. Az idézetek az alábbi szillogizmust alkották: (1) a felülggesztő végzés előzetes korlátozás; (2) az előzetes korlátozások rendkívül szoros indoklást igényelnek; (3) a legtöbb ügyész elmulasztott efféle szoros indoklással szolgálni; (4) ennél fogva a Pentagon-iratokkal szemben érvényesített felülggesztő végzés érvénytelen.

Ez a logikai levezetés nagy vonalakban Brennan, Stewart és White bírák álláspontját tartalmazta. Black és Douglas, a liberáriánusok, a negyedik következtetéssel értekeztek egyet. Úgy vélték, hogy az első három pontban foglaltak a minimuma-
 lisán szűkséges normát jelentik (Douglas ezt explicit módon megfogalmazta véleményében, aminek Black csatlakozott); álláspontjuk értelmében ugyanazt a mércét alkalmaznák későbbi korlátozásokra is. Még az is feltehető, hogy a kultónvéleményt megfogalmazó hátrák Burger, Harlan és Blackmun – is egyet-
 értek az első két ponttal, amelyek elismerik az előzetes korlátozás elvét E kin-

³³ 403 U.S. at 730.
³⁴ 403 U.S. at 733.

dulópontokat megfelelő precedensek támogatták, régebbiek, újabbak egyaránt, és néhány évre rá Burger, a Legfelső Bíróság elnöke, a különvéleményt megfogalmazók egyike így írt a *Pentagon-iratokról*: „A Legfelső Bíróság minden tagja hallgatólagosan vagy explicit módon ... vélhetőleg alkotmányellenesnek tartotta az előzetes korlátozást.”⁵ Ezt is figyelembe véve a különvéleményen lévő bírák csak a harmadik kiindulópontot elleneztek, amely az előzetes korlátozás elvét a szóban forgó esetre alkalmazta.

⁵ *Pittsburgh Press Co. v. Pittsburgh Comm'n on Human Relations*, 413 U.S. 376, 396 (1973) különvélemény. A *Pentagon-iratok* esetében a gyors döntéshozatal érdekében a bírák egyenként írták meg véleményüket, ez esetben mellőzve a vélemények szokásos köröztetését és megbeszélését. A hagyományos eljárás gyakorta kihozza a közös elemeket, és élesíti a véleményekben megjelenő ellentéteket.

A sajtó és a tudományos közösség lelkesen üdvözölte a Legfelső Bíróság ítéletét. A *New York Times*ban egy másnapi szerkesztőségi cikk „történelminek” nevezte a bírósági döntést, mint „a szabadság világgraszáló győzelmeit a jog területén”; a lap kijelentette, hogy a „az ország legfelső bírói hatalma szilárdan megerősítette a népjelentkezéshoz való jogát.” Ez természetesen tilzás. Ami magukat a Pentagontájakozódáshoz való jogát, a Legfelső Bíróság ítélete nem sokat számított - mire a bíróság döntéseket hozott, addigra a tanulmány már széles körben ismert volt, mely tény White bíró indoklásában szerepel is. Az íratok közvételele megakadályozásának konkrét kérdésén túl az ügy lehezőségét nyújtott a Legfelső Bíróságnak az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos kérdések rendezésére, és arra, hogy meghúzzák a választóvonalat a szabad szólas és a nemzetbiztonság érdekében történő titkosítás között: ezen a szinten a Legfelső Bíróság gyakorlatilag nem alkotott lenyegesen. A Legfelső Bíróság már jóval a Pentagon-íratokkal kapcsolatos döntést megelőzőben rendelkezett a végrehajto hatalomnak az Alkotmány alá rendeléséről: azt ebben az ügyben sem vonták kétségbe. Igazából a legtöbb ügyész kimondatlanul tiszteltben tartotta ezt az elvet, amikor a bíróságokhoz fordult, hogy azok lépéseket elve a cenzúrántézkedést (a felüggessztó végzést). A Pentagon-íratok esete pusztán illusztrálta a bírói hatalom fensőbbiségét.

Hasonlóképp, az előzetes korlátozás doktrínájának a Legfelső Bíróság által megvalósított elemzése és értékelése nem bizonyult alkotmányjogi értelemben úrtörőnek. A Legfelső Bíróság éppen csak hetekkel korábban idézte meg e doktrínát, hogy érvénytelenítsen egy *blockbusting* (a fehér ingatlan tulajdonosokat kisebbségek beköltözésével riogató és tőlük így ingatlanjukat áron alul megszerző praktikaival) vádolt ingatlanügynökség elleni demonstrációt - szórólápozást és tiltakozómenet tartását felüggessztó végzést.⁶ A Pentagon-íratok esete legfeljebb megértőstette az előzetes korlátozással kapcsolatos doktrínát egy, a korábbiaktól eltérőkontextusban, és rendkívül látványos módon. Ez lenne az ünneplés oka?

⁶ *Org. for a Better Austin v. Keefe*, 402 U.S. 415 (1971).

Harry Kalven, a korszak neves Első Alkotmánykiegészítés-kutatója mindenképp így gondolta. A *Harvard Law Review* 1971-es Előszavában meleg szavakkal méltatta a Legfelső Bíróság ítéletét és általában az előzetes korlátozással kapcsolatos doktrínát. Így fogalmazott: „Ahogyan a Legfelső Bíróság határozott a *New York Times*szal kapcsolatos ügyben, az nem mást jelent, mint hogy bármi, vagy lényegében bármi jogosult legalább egyszeri publikálásra.” Ez a nézet természetesen cáfolható az értéktételezés alapján, miszerint legalábbis „lényegében bármi” – beleértve a „titkos”, „szupertitkos” besorolás alá eső dokumentumokat – jogosult arra, hogy „legalább egyszer” közzé tegyék. Egy bizalmas besorolás alá eső dokumentum egyszeri közzététele az, ami itt számít; a libertáriánus érvelésen kívül – amelyet a Legfelső Bíróság és Kalven maga is elvetett – senki sem támogatná az állami titkosítási rendszer viharos eltörlését. De ha ezt a kérdést félre is tesszük, Kalven professzor értékelése az eset fontosságával kapcsolatban egy inkább technikai, mintsem normatív alapon is cáfolható: az előzetes korlátozással kapcsolatos doktrína kevésbé megfelelő védelmet szavatol, mint ahogy azt Kalven ígéri. Egyszerűen szólva nem következik belőle, hogy „lényegében bármi” „legalább egyszer” közzétehető lenne.

Az előzetes korlátozás doktrína alapvetően egy összehasonlításra alapuló eljárás. Azt mondja, hogy az előzetes korlátozást szigorúbban kell megítélni, mint az utólagos korlátozásokat, de azt nem mondja meg, hogy mennyivel kell a mércének magasabbnak lennie. A Legfelső Bíróság egyes tagjai, nevezetesen Stewart és Brennan bírák azt latolgatták, hogy az előzetes korlátozáshoz kötődő mércének egy abszolút skálán valóban magasabbnak kellene lennie hasonlóan ahhoz a libertárius közeli állásponthoz, amelyet Black és Douglas bírák képviseltek a publikációk bármely korlátozásával kapcsolatban, legyen az előzetes vagy utólagos. Stewart és Brennan elrendelték volna a végzést az olyan szólással szemben, amely „közvetlen”, „azonnali” és „jövätehetetlen” kárral fenyeget, mint például egy tengeri hadmozdulat veszélyeztetése (a *Near v. Minnesota*⁷ ismert példáját idézve). Valóban, ez a mérce „lényegében bármit” megvéd az előzetes korlátozástól. Azonban ezt a mércét nem foglalták bele a *Per Curiam* véleménybe, a Legfelső Bíróság ítéletébe – ahogy semmilyen más mércét sem, ami azt illeti. E hézagos *Per Curiam* döntés csak összehasonlításban mond bármit is.

Az előzetes korlátozás doktrína képlekenységét jól mutatja, hogy Burger legfelső bírósági elnök, aki a *Pentagon-iratok* esetben különvéleményt fogalmazott meg, később úgy fogalmazott, hogy az összes bíró támogatta az előzetes korlátozás doktrínát, és hogy a doktrína alapján bármilyen előzetes korlátozást „véltőleg alkotmányellenesnek” ítélt volna. Hogy e vélekedés milyen súlyú, vagy hogy

283 U.S. 697, 716 (1931).

azt mi tudná megdönteni, arra Burger nem tért ki. Am önkéntelenül is hagyott két utat, ami árulkodik gondolkodásáról. Először is, a legfelső bírósági elnök egyike volt azon három bírónak, akik a *Pentagon-iratok* perében úgy szavaztak, hogy engedélyezik a legfőbb ügyésznek a felülggessző végzés kibocsátását. Ha ilyen eredményre vezethet, megtehetjük, hogy az esetekben az előzetes korlátozás doktrína érvényre kerül. A második motívum, ami alapján feltételezhetjük, hogy mi járhatott a fejében, az a *Nebraska Press Ass'n v. Stuart*⁸ esetből következtethető – egy újabb, a legfelső bírósági elnök nevéhez fűződő döntésből.

A *Nebraska Press* esetben Nebraska állam bírója kiadott egy felülggessző végzést egy hatagú család meggyilkolásával vádolt férfi vallomásaibanak nyilvánosság elleni megjelölésével szemben, mely vallomás nyilvános bírósági tárgyaláson hangzott el. A peres bíróság attól tartott, hogy az ügy széles körű, előítéletes sajtómegjelöléseivel veszélyeztetik a gyamustitornak a Hatodik Alkotmánykiegészítés által szavatolt jogát a méltányos peres eljárásához, mivel lehetetlen lenne összegyűjteni egy pártatlan esküdtszék. Burger legfelső bírósági elnök a testület többségi véleményét megfogalmazva helyeselte az előzetes korlátozás elvét és a *Pentagon-iratok* eset örökségét, holott a gyamustitornak, nyilvánvaló és közvetlen veszélyt, mércét alkalmazta az előzetes korlátozás megítélésének mércéjeként. Ezen mércét szentelt az a kérdés, hogy „a »gonosz« súly, valószínűsége, mértéke, mértékűre csökkenve, igazolja-e a szólásszabadságba való beavatkozást azzal az indokkal, hogy megelőzzük a veszélyt.” A *Nebraska Press* esetben a legfelső bírósági elnök tennetartotta, hogy az elhallgatató végzés nem teljesítette az előzetes korlátozásához szükséges követelményeket, mivel az alacsonyabb szintű bíróság következtetése a közéletre gyakorolt hatásával kapcsolatban „spekulatív” volt.⁹ Am tekintve az úgynevezett „gonosz” súlyát, melyet nemzetbiztonsági ügyek kapcsán folyton emlegetünk, a mércé, mely alapján a valószínűség kiigazítja a súlyt, jóval nagyobb hatalmat ad a cenzor kezébe. Valójában a gyamustitornak, nyilvánvaló és közvetlen veszélyt, mércé a legkisebb, és egyben a legkevésbé védelmező jellegű az Első Alkotmánykiegészítés történetében, még az utólagos korlátozások területén is. Elég, ha arra utalunk, hogy ennek alkalmazása révén volt lehetséges a McCarthy-korszakban elítélni a kommunista vezetőket. Tulajdonképpen az, hogy Burger legfelső bírósági elnök megítélte a veszélyt, az vezetett Brenan és Stewart bírókat arra, hogy bátorozottan elküldöljék a legfelső bírósá-

⁸ 427 U.S. 539 (1976).

⁹ A leszt innen származik *United States v. Dennis*, 1983 F.2d 201, 212 (2d Cir. 1950) megértésin 341 U.S. 494 (1951) idézi és alkalmazza: *Nebraska Press*, 427 U.S. at 562.

¹⁰ 427 U.S. 539 (1976).

sági elnöknek a *Nebraska Press* ügyben alkotott véleményétől, annak ellenére, hogy a végeredményben egyetértettek.¹¹

Míg az igaz, hogy Burger legfelső bírósági elnök egyike volt azoknak, akik különvéleményt fogalmaztak meg a *Pentagon-iratok* esetben, pusztán ezen az alapon nem utasítható el könnyedén a *Nebraska Press* eset ítéletéhez fűzött megjegyzése. White bíró, azon ötök egyike, akik a Per Curiam véleményt fűzték a *Pentagon-iratokhoz*, csatlakozott a legfelső bírósági elnök véleményéhez a *Nebraska Press* esetben, jóllehet nem minden térovázás nélkül tette ezt – szükségesnek tartott rövid magyarázatot fűzni döntéséhez. A *Pentagon-iratok* esetben White bíró explicit módon megfogalmazta, hogy az előzetes korlátozást magasabb mércéhez kell kötni, mint az utólagos korlátozást, és hogy az adott esetben a magasabb mércében foglaltak nem teljesültek. Azonban azzal kapcsolatban nem foglalt állást, hogy milyen szigorú legyen az előzetes korlátozás mércéje. Azzal, hogy Burger legfelső bírósági elnök véleményéhez csatlakozott a *Nebraska Press* esetben, meg is válaszolta a kérdést: nem túl magas.¹²

Kalven professzor értékelése a *Pentagon-iratok* esetével kapcsolatban azon az alapon hibás, hogy helytelenül tételezi az abszolúthoz közeli mérce meglétét az előzetes korlátozások esetében. E feltételezést nem támogatja a Legfelső Bíróság Per Curiam – véleménye, és igazság szerint a későbbi ügyek is ellentmondtak annak, különösen a *Nebraska Press* eset. Kalven professzor szintén elmulasztotta megkérdőjelezni az előzetes korlátozásnak a Legfelső Bíróság által alkotott, merőben formalizált definícióját. A Legfelső Bíróság belefoglalta a felfüggesztő végzést, de kizárta a bünvádi eljárást, ezáltal megengedve, hogy az utóbbit utólagos korlátozásként alkalmazzák, és ezáltal alacsonyabb mérce vonatkozzon rá. Így cse-

¹¹ Mind a *Nebraska Press* eredménye, mind az elemzés módszere – gyakorlatilag erős előfeltételezést teremteni az elhallgattató végzésekkel szemben – megkérdőjelezi a szóbeli formula lazaságát, a gyengített „nyilvánvaló és közvetlen veszély” mércének az előzetes korlátozás tesztjeként való használatát. Másrészt viszont Brennan és Stewart bírák felelme megalapozatlan. (a) egy szóbeli formula gyakran önálló életre kel, függetlenül attól, hogy egy bizonyos eset tényeire alkalmazták őket. (b) A bírák tarthattak tőle, hogy a szóbeli formula valószínűleg nem hoz rokon szellemű eredményeket a nemzetbiztonság területén, ahol a „gonosz” oly „mélységes”, és az alternatív szabályozó eszközök megléte nem olyan nyilvánvaló, mint egy per esetében. (c) A szóbeli formulát Brennan és Stewart bírák olyannak tekinthették, mint amelynek zavaró hatása lesz az utólagos korlátozás mércéjére nézve. Ha a gyengített „nyilvánvaló és közvetlen veszély” mérce az előzetes korlátozás mércéje, és ennek kell a magasabb mércének lennie, akkor csak feltételezhetjük – vagy inkább félhetünk attól –, hogy mi lehet az utólagos korlátozás mércéje: lehetséges, hogy az első világháború racionalitás-mércéje lesz az, amely a cenzúrát igazottnak tekintette, amennyiben a büntetőjogi jogszabály valahogyan kapcsolódik a legitim államérdek érzékelt fenyegetettségével?

¹² Gyanúm szerint White bírónak e kérdésben tanúsított habozása felelős a Per Curiam véleményben mutatkozó hézagért, ami az előzetes korlátozás mércéjének szigorúságát illeti: az ő szavazata (az ötödik) kellett ahhoz, hogy a Per Curiam többségi vélemény legyen.

lekedvén, a Legfelső Bíróság figyelmen kívül hagyta a felülgészítő végzések és a bűntető jogszabályok közti strukturális hasonlóságot.¹³

Hogy a strukturális hasonlóságot megállapítsuk, meg kell különböztetnünk egy- másról a felülgészítő végzés kiadásához vezető folyamat két fázisát: a végzés ki- adását és a végrehajtást. A kiadási fázisban a végzés a bűntető jogszabályra hason- lit: megállapítja bizonyos magatartási kövelelményeket, és büntetéssel fenyegeti azt, aki nem tartja be őket. Az elrejtés révén szabályoz. A felülgészítő végzést gyakran az előzetes korlátozások közé sorolják, mivel a publikációt megelőzőben adják ki azt. Ez csupán annyit jelent, hogy a felülgészítési végzés még az elkerü- lendő esemény – itt a nyilvánosságra hozatal – megvalósulása előtt szabályoz: el- rejtent. Ez azonban éppúgy érvényes a bűntető jogszabályra is. Korlátoz még a publikálás előtt; elrejtent a későbbi cselekvéstől. A bűnvádi eljárás ezen részét a a publikálás megelőzté után zajlik, azonban a bűnvádi folyamat ezen részt a felülgészítési végzés folyamata végrehajtási fázisához kell hasonlítani: a bíróság megsejtésével kapcsolatos eljárásához. Mindkét esetben büntetésben részesülnek, akik megsértik a magatartás elvart szabályát. A bíróság megsejtésének számkö- nálása és a bűnvádi eljárás retrospektív cselekvések, a felülgészítő végzés és a bűntető jogszabály pedig megelőzők.

A *Pentagon iratok* esetben a Legfelső Bíróság felülgészítő végzéssel nézett szembe, nem pedig bűntető törvényvel. Am azáltal, hogy úgy döntött, hogy az elő- zetes korlátozás doktrínáját alkalmazza – kétös mércét lépve ezáltal előbe, amely nagyobb elvartat fogalmaz meg az előzetes, mint az utólagos korlátozással szemben -, és emellett elfogadja az előzetes korlátozás – felülgészítő végzés és nem bűntető jogszabály formáját öltő – formalizált definícióját, a Legfelső Bíróság a bűntető jogszabályt tehermentesítette. Ertvényben hagyta a kétkedési törvényt (*Spionage Act*), annak teljes, a hozzájárulásra gyakorolt elrejtenté erejével. Az állam titkosítási rendszerét így védte meg egy, a felülgészítő végzéssel azonos erővel bíró jogi eszköz. Kalven lelkesedése ellenére a *Pentagon-iratok* ügye nem alapozta meg a helyzetet, amikor „lényegében bármely” jogosult arra, hogy „legább egy szer” közzétessék. Az igaz, hogy egyszer minden publikálható de csak akkor, ha a kiadó kész szembenézni a rá váró vádemeléssel; mint ahogy ugyanez volna a helyzet akkor is, ha felülgészítő végzést adnának ki.

Természetesen vannak különbségek a felülgészítő végzés és a bűntető jogszab- bály között, még ha megelelőző eszközként tekintünk is mindkettőre. A felülgészítő

¹³ A felülgészítő végzés és a bűntető jogszabály közötti strukturális hasonlóság kérdését nagyobb mélységben tárgyalom könyvemben: Owen M. Fiss, *The Civil Rights Injunction*, Indiana University Press, 1978. Egy hasonló megközelítés, Steven R. Barnett, *The Puzzle of Prior Restraint*, 29 *Stanford Law Review* 539 (1977).

cselekvés, és kikre is vonatkozik a tilalom; ha egy felfüggesztő végzést megsértene, a bírónak hatalmában áll a bíróság megsértése (*contempt*) miatt bünvádi eljárást kezdeményezni; a bíróság megsértése esetén nincs esküdtszék, ha a büntetés csekélyebb (például hathavi szabadságvesztésnél kevesebb); és a felfüggesztő végzéssel szembeni védekezés eszközei korlátozottabbak. E különbségek alapján Kalven professzor a felfüggesztő végzést a cenzúra erőteljesebb és veszélyesebb eszközének tartotta, mint a jogszabályt, és úgy következtetett, hogy emiatt a felfüggesztő végzésre nézve az Első Alkotmánykiegészítés szigorúbb mércéje kellene hogy érvényesüljön. Én szkeptikusabb vagyok.¹⁴

Először is meglehet, hogy a felfüggesztő végzés és a büntető jogszabály között feltételezett különbséget a tények nem igazolják. Jóllehet, a felfüggesztő végzések gyakran rendelkeznek olyan sajátos konkrét elemekkel, amelyek ritkán sajátjai a büntető jogszabályoknak, ebben az esetben a legfőbb ügyész táviratában szereplő nagyon explicit és konkrét fenyegetések révén a kémkedési törvény konkrétan tekinthető. A hasonló ügyekben az ügyési fenyegetések nem számítanak szokatlannak. Másodszor, a felfüggesztő végzés egyes jellegzetességei, amelyek állítólag megkülönböztetik azt a büntető jogszabálytól, nagyon „s” támogatják az Első Alkotmánykiegészítés értékeit, így az nem csak valószínűleg, hanem vélhetően ténylegesen a legmegfelelőbb szankció. Az intézkedés specifikus volta például csökkentő vagy ki is küszöböli a dermesztő hatást, melyet a homályos vagy túl tágan értelmezhető jogszabályok kiváltanak. Az a tény, hogy az „ügyészégi jogkör” a bíróság megsértésének büncselekménye kapcsán inkább a bíró kezében van, mint egy politikai közhivatalnok, a legfőbb ügyész kezében, szintén a szólás védelmének újabb rétegét jelenti. A legfőbb ügyész valószínűleg érzékenyebb lesz a politikai többség felől érkező nyomással vagy az általa szolgált adminisztráció politikai szükségleteivel kapcsolatban – amely nyomásokkal szemben az Első Alkotmánykiegészítésnek védelmet kell nyújtania. Harmadszor, a felfüggesztő végzés mint elrettentő eszköz úgynevezett erősségeinek egyikét-másikat más faktorkok ellensúlyozzák. A felfüggesztő végzés specifikus volta és az esküdtszék hiánya például növelheti annak esélyét, hogy a büntetést a felfüggesztő végzés megsértése miatt szabják ki, szemben a jogszabály megsértése miatt kiszabott büntetéssel; másrészt viszont a felfüggesztő végzés megsértésének előre látható bírsága általában csekély, különösen, ha egy büntető jogszabály megsértése esetén kiszabott tétellel hasonlítjuk össze, amely lehet 10 000 dollár büntetés és tíz év börtön. Egy jogi eszköz elrettentő hatása a várható büntetéssel kapcsolatos bizonyosságban és a büntetés mértékében *együttesen* keresendő.

¹⁴ A felfüggesztő végzések és a büntető jogszabályok közti ezen és további különbségek, továbbá ezek relevanciája az előzetes korlátozás doktrínája tekintetében nagyobb mélységű tárgyalást kap, lásd Fiss i. m. (13. lj.) 69–74.

Igaz, hogy ez esetben a *New York Times* hajlandó volt kockáztatni a kémkedési törvény szabta büntetési eljárás esetét, de nem kockáztatja meg a feltűgessztő végzés figyelmen kívül hagyását. Emlékezzünk csak a lap kétarcú válaszára, amit John Mitchell távirata nyomán küldtek. Azonban a *New York Times* válaszában valószínűleg kevés közö volt a feltűgessztő végzés és a kémkedési törvény elrejtése érdekében. A lap válasza sokkal inkább a saját kettős intézményi jellege – egyrészt a szabad szólás bajnokai és felelősségtudó vállalati polgár – kifejeződésének volt tekintendő, mely szerepben hajlandó volt újat húzni a politikai hatalmi ággal, de a bírósággal nem. Ugyanakkor nem valószínű, hogy hasonlóan megosztottan éreznék magukat mindazok, akik készek elkötelezni magukat a kormányzati politika radikális bírálata mellett. A *New York Times* a későbbiekben nem adott kielégítő magyarázatot a kettős döntésére. Az igazság szerint a lap általános jogtálcája egy tájékoztatót adott ki még ugyanazon év őszén, melyben elismerte, hogy hiba volt megítélni, hogy betartják a feltűgessztő végzést.¹⁵ A későbbiekben a *New York Times* fenntartotta magának azt a jogot, hogy eldöntse, engedelmessé-e dik-e valamely cikkével szemben kiadott feltűgessztő végzésnek.

Kalven professzor egy végző kísérletében, melyben megpróbálta azonosítani a *Pentagon-iratok* ügyének eredményeit, úgy vélekedett, hogy a *New York Times* megosztott válasza – legyen annak bármi is az oka – ebben a konkrét esetben vonzóvá tette a feltűgessztő végzés doktrínáját mint eszközt, „a polgári engedetlenségi mozgalom esélyének” megőrzésére. A lap a kémkedési törvényt kész volt az emberek tájékozódásához való jogának nevében megszegni, de a feltűgessztő végzést nem. Azonban nyilvánvaló, hogy mire a Legfelső Bíróság meghozta ítéletét, a polgári engedetlenségi pillanat már ellílt. Daniel Ellsberg már hozzáfűjt a tanulmányhoz és eljuttatta a *New York Times*-hoz. A lap felkészülhetett, hogy engedelmessé legyen a végző döntésnek és az ügy lezárultáig visszatartsa a további részleteket, azonban mások nem így voltak ezzel. Az iratok egyre szélesebb körben terjedtek el, ahogy az ügy haladt előre a bírósági folyamatokon. Mire a Legfelső Bíróság végre megszólalt, már az anyag egésze nyilvános volt. A Legfelső Bíróság előtt lévő ügy nem arról szólt, hogy meg kell-e védeni azt a lehetőséget, hogy akár Ellsberg, akár a *New York Times* polgári engedetlenségi akciót kezdne mélyrehatóan, az a lehetőség már rég tovaszállt. Az igazi kérdés általánosságban a *hatalom szerkezetéről* szólt, az állami hatalomok sérthetetlenességéről; és a Legfelső Bíróság e szerkezetet érintetlenül hagyta.

A Legfelső Bíróság döntését követő hónapokban a legtöbb ügyész beavaltotta a kémkedési törvénnyel kapcsolatos ítéletét. 1971 nyarán az esküdtszékek össze-
gyűltek. A dolgok úgy alakultak, hogy sem a *New York Times*, sem pedig a lap

¹⁵ Lásd a 17. lábjegyzetet és a kapcsolódó szövegeket, magyarázandó a választ, mely egyébként megmagyarázhatatlannak tűnik.

¹⁶ Lásd a 17. lábjegyzetet és a kapcsolódó szövegeket, magyarázandó a választ, mely egyébként megmagyarázhatatlannak tűnik.

vezetői vagy riporterei ellen nem emeltek vádat. Sosem tudjuk meg, hogy ez miért történt így: hogy a legfőbb ügyész döntött-e úgy, nem foganatosítja a vádemelést a lap ellen, vagy esetleg az esküdszék akadályozta-e meg a vádemelést; vagy, hogy mely alapon emeltek volna vádat. Vannak, akik azt, hogy a *New York Times*nak a *Pentagon-iratok* ügyben hozott legfelső bírósági ítélettel szerencséje volt, nem a döntés formális feltételeinek tulajdonítják, hanem az eset egyszerű következményének, amely politikailag megnehezítette volna a kormány számára, hogy a *New York Times* ellen elérje, vagy akár csak kérje a vádemelést, mert az közölte az anyagot. Az eset népszerű olvasata úgy szól, hogy a Legfelső Bíróság „megengedte” a *New York Times*nak, hogy az közreadja a *Pentagon-iratokat*. Sosem tudjuk meg, hogy e feltevés megállja-e a helyét. Amit mindenesetre tudunk, az az, hogy Daniel Ellsberg ellen vádat emeltek, és a kémkedési törvényben foglaltak alapján lefolytatták ellene a büntetőpert. Az ellene hozott vádat végül elutasították, azonban nem a *Pentagon-iratok* ügye, vagy valamely, a szólásszabadsághoz kötődő megfontolás miatt. A vádat egy sor mellékkörülmény miatt ejtették a vádemelés során történt kormányzati túlkapások következtében (például bizonyítékok után kutatva betörték Ellsberg pszichiáterének irodájába; felajánlották az FBI igazgatói székét a per bírójának), mely túlkapások, hogy történetünk egy újabb csavart vegyen, végül hozzájárultak ahhoz, hogy 1974-ben Richard Nixon elnök ellen vádat emeltek.

Végül is a *Pentagon-iratok* ügyét úgy kell látnunk, mint a szólásszabadság győzelmét a Legfelső Bíróság az ügyben a helyes álláspont mellett döntött. Azonban megítélésem szerint ez nem volt sem „világraszóló győzelem”, sem pedig „szilárd megerősítése” a „nép tájékozódáshoz való jogának”. Inkább arról volt szó, hogy a Legfelső Bíróság egy átmeneti testülete, már az új legfelső bírósági elnök, Warren Burger vezetése alatt, de még az előző korszak olyan bíráival a testületben, mint Black, Douglas, Brennan és Marshall egyszerűen épített a megelőző korszak eredményeire. Az Earl Warren vezette Legfelső Bíróság jelentős változásokat hozott az Egyesült Államokban a szólásszabadság területén, és e testület öröksége volt az, ami bátorította és talán ösztönözte is a *New York Times*, Daniel Ellsberget és a háborúellenes mozgalmat, hogy azt tegyék, amit tettek. A *Pentagon-iratok* esete drasztikus módon juttatta kifejezésre a Warren-testület örökségét. Ezt a hatást azonban csak az ügy végkimenetele, azaz a legfőbb ügyész kérésének megtagadása által, és nem az előzetes korlátozás doktrína megidézésével érte el.

Az előzetes korlátozás doktrína az 1930-as években a *Near v. Minnesota* esetben nyert jelentős kifejezést. Az ezt követő negyven évben nemigen játszott szerepet, igazság szerint a Warren-testület hízenői éve alatt lényegében láthatatlan volt. Az 1970-es években azonban a Burger-testület kedvezencévé vált, és a szabad szólással kapcsolatos ügyekben egyre fontosabb szerepet játszott a Legfelső Bíróság gyakorlatában.¹⁶ Minek köszönhető ez a változás? A válasz részben a *Pentagon-íratok* esetében, illetve abban a szerepben keresendő, melyet a doktrína a fenti ügyben játszott.

Az előzetes korlátozás doktrína megkülönböztető jellegzetessége az ambivalencia. Egyfelől a felülgészítő végzést magasabb mércéhez köti, mint a büntető jogszabályt; másfelől viszont nem helyezi el a mércét egy abszolút skálán, és nem szolgálhat védelmet más megelőző jellegű eljárásokkal szemben, mint amilyen például a büntető jogszabály; jöllehet, az éppoly elretemtő erővel bír a szózással szemben. Tiszán analitikus szempontból nézve ez az ambivalencia hibának, inkább renclának tűnhet, más szempontból viszont ez az ambivalencia csak növelte a doktrína népszerűségét egy megosztott, a jobboldal felé toldó testület szemében.

¹⁶ *Ladd v. Universal Amusement Co. Inc.*, 445 U.S. 308 (1980); *Pittsburgh Press Co. v. Pittsburgh Comm'n on Human Relations*, 413 U.S. 976 (1973); *Org. for a Better Austin v. Keefe*, 402 U.S. 415 (1971). Ahogy a Legfelső Bíróság az 1980-as és '90-es években fokozatosan jobbra toldott, az előzetes korlátozás doktrína stratégiai fontossága csökken, csakhogy, mint használatának gyakorisága. Lásd például *Madsen v. Women's Health Center*, 114 S. Ct. 2516 (1994) egy únterést megakadályozó, felülgészítő végzés esetében, *Alexander v. United States*, 113 S. Ct. 2766 (1993) — elutasítja az volt ismert obszcén tartalmuk.

¹⁷ Gyantim, hogy a *New York Times*nak a legtöbb ügyész táviratára válaszul küldött, kettséggel sugalló válasza sikeresen elmezhető ebből a szempontból is. A felülgészítő végzéssel szemben emg delméségre vonatkozó ígért e megközzelítésben nem a felülgészítő végzés nagyobb erjét bizonyítja, hanem inkább tinnk egy vádalkuscelnek, egy mód arra készíteni a legtöbb ügyész, hogy ne a kétkedési törvény alapján egykezzel vádat emelni a *New York Times*szal szemben, hanem próbáljon inkább felülgészítő végzést szerezni ellene.

A doktrína analitikus szempontból ambivalens szerkezete növelte az elv stratégiai hasznosságát.¹⁷ Mindenkinek jutott valami.

A Legfelső Bíróság jobbszárnyának bírái, akik feltehetőleg fogékonyabbak az államnak a szabad szólást korlátozó érdekeire, kielégítőnek találnák a büntető jogszabály további használatát. Lehetőségük lenne arra is, hogy leróják tiszteletüket az Első Alkotmánykiegészítéssel szemben, beburkolózzanak az előzetes korlátozást tiltó hagyomány fennkölt leplébe, aztán az előzetes korlátozás egy alapvetően összehasonlításra alapuló mérce üres korsóját olyan tartalommal töltse meg, amely az abszolút skálán annyira korlátozó lehet, amennyire csak akarják. Mint arról Burger legfelső bírósági elnök nem mulasztott el megerősíteni bennünket, a *Pentagon-iratok* esetében a különvéleményt jegyző bírák is magukévá tették az előzetes korlátozás doktrínáját.

Egy liberálisabb bíró természetesen aggódna a hézagok miatt, amelyekről a doktrína hallgat, és azokra mint a cenzori hatalomnak tett hallgatólagos engedményekre tekintene. Egy ilyen bíró az utólagos korlátozásra minden bizonnyal ugyanolyan mércét állítana, mint ami az előzetes korlátozás esetében áll fenn. Black és Douglas bírák csakugyan ezt próbálták tenni a *Pentagon-iratok* esetében, ahogy Brennan bíró is a Warren-testület fénykorában [például amikor megalkotta a túl széles beavatkozás (*overbreadth*) doktrínáját]. Ám amikor világossá vált számukra, mint annak a *Pentagon-iratok* esetében történnie kellett, hogy a többség nem fogja magáénak tekinteni ezt az álláspontot, a liberális bíráknak immár nem állt érdekében elutasítani az előzetes korlátozás doktrínáját. Lehet, hogy ez volt az egyetlen reményük. Sőt, egy liberális bíró mint Brennan – még éppenséggel javasolhatta is, hogy az előzetes korlátozás doktrína szolgáljon a döntés alapjául, afféle kompromisszumos javaslatként, hogy így szerezzenek szavazatokat a középtől a Legfelső Bíróság testületében.

A Legfelső Bíróság ideológiai közepén helyet foglaló bírák mint White vagy Stewart – számára szintén az előzetes korlátozás doktrínája mutatott kiutat ellentmondásos helyzetükből. E bírák a konzervatívoknál elkötelezettebbek voltak a szabad szólás iránt, ugyanakkor a liberálisoknál jobban tisztelték az ellentétes állami érdekeket – a szólás által fenyegetett olyan értékeket, mint az államtitkok rendszere vagy a nemzetvédelem szükségletei. Az előzetes korlátozás doktrínája nem oldotta fel az ambivalenciát, hanem, maga is ambivalens lévén, szolgálta azt. A cenzúra ellen hozott, az előzetes korlátozás doktrínára alapozott ítélet a cenzúra tétovázó, mérsékelt elutasítása, mivel csupán a felfüggesztő végzést utasítja el, anélkül, hogy hasonlóan intézkedne a büntetőjogi megtorlással szemben, és anélkül, hogy meggyőzően támogatná a szabad szólás értékeit. Az elutasítás gyengesége a legfelső bírósági közép tagjainak vonzó lehet, minthogy kifejezi értékeiket, és a liberálisok számára aggodalomra adna ugyan okot, de egy gyenge „nem” még mindig sokkal jobb nekik, mint egy „igen”, ha a cenzúra engedélyezéséről születik döntés.

Az előzetes korlátozás doktrínájára ezért nem tekinthetünk úgy, mint amiben a szabad szölds értékei teljesen és koherensen kifejezésre jutnak; sokkal inkább vélhetjük stratégiai eszköznek, mely képes olyan kompromisszumot teremteni, amelynek legtöbb értéke a szölds szabadsága elleni döntés megakadályozása. Még ha nem is volt a szölds fényes győzelme a *Pentagon iratok* eset, egy azzal ellentétes döntés, egy olyan hitélet, amely legitimálta volna a legtöbb ügyész hallgatást előíró követeléseit – dermesztő, és a csekély véleménykülönbséget tekintetbe véve felettébb valószínű gondolat – rettenetes csapást jelentett volna az Első Alkotmánykiegészítésre. Akárcsak a háborút, azt a döntést meg kellett állítani, nem számít, hogy milyen eszközökkel.

A szabad sajtó építése

8.

Prologus

A berlini fal 1989-es leomlását követő sodró események során egyre több figyelem irányult az Egyesült Államok Legfelső Bíróságára és az általa létrehozott ítélkezési gyakorlatra. A világ számára az Egyesült Államok túm a legszilárdabb és a legélettelibb demokráciának, és sokan gondolták, hogy e siker egyik kulcsa abban a szerezben rejlik, amelyet a Legfelső Bíróság alakított ki magának. Az összehasonlító alkotmányjog virágzó iparág lett. Nagyreszt üdvözöltem e fejleményeket, mert meggyőződésem, hogy a Legfelső Bíróság történetében jócskán van, amire büszkék lehetünk. Mindamellelt aggódtam amiatt, hogy az 1980-90-es évek időszakaiban, amelyet a Ronald Reagan és a Margaret Thatcher által megvalósított kapitalizmus uralt, alkotmányos tapasztalatainkból eszerileg helytelen következtéseket lehet levonni. Ez volt a fő kérdés azon a „Kapitalizmus vagy demokrácia?” című szemináriumon, amelyen George Friesztel tanítottam az 1990-es évek elején. Amióta Magyarország kilépett a szovjet blokkból, és alkotmányos demokráciát hozott létre, folyamatosan küszködött a szabad sajtó létrehozása kapcsán jelentkező problémákkal, különösen a rádió és a televízió területén. Ennekfogva természetesen volt, hogy a régió első jelentős, a sajtószabadságot tárgyaló konferenciája Budapesten legyen. A konferencia 1993 júniusában a budapesti Közép-Európai Egyetemen állt össze, résztvevői között ott voltak a volt szovjet birodalom államai-nak képviselői csakgy, mint az Egyesült Államokból, Németországból és Angliából érkezett kutatók. Az alábbi esszét e konferenciára írtam, és először a Yale Journal of International Law 1995. tavaszi számában jelent meg. A konferenciára címe megjelölésen a szám íze szerint való hozzáférés (The Development of Rights of Access to the Media); ezzel együtt, mint ahogy ez kitűnik esszéemből is, úgy vélem, hogy a hozzáférést második generációs kérdésnek kell tekinteni, amelynek számbavetele csak azután történhet, ha az alapstruktúra már a helyére került.

Az 1989-es év egy új kezdetet jelölt. A berlini fal és vele együtt a szovjet birodalom összeomlott. Kelet-Németországot hamarosan elnyerte a Német Szövetségi Köztársaság, ám Közép- és Kelet-Európa többi, korábban a Szovjetunió által fogásban tartott nemzete kikiáltotta függetlenségét. A történelem újabb fordulatot vett 1991-ben. Maga a Szovjetunió hullott szét, és romjain egy sor új ország jött létre Közép-Ázsiában és Kelet-Európában.

Az egykor a Szovjetunióhoz és birodalmához tartozó országok ma egy figyelemre méltó mértékű és intenzitású újjáépítési folyamat részesei. Ezen újjáépítési folyamat egy része a gazdaságban történik: a nagy szocialista kísérlet, amelyben az összes termelőeszközt az állam birtokolta, csődöt mondott. A szocializmusban a termékek és a szolgáltatások előállítása lemaradt a kapitalista társadalom hasonló mutatói mögött, és a reformerek most a gazdaság hatékonyabbá tételének indokával magánkézbe adják az állami vállalatokat.

Az újjáépítés másik terepe a politika. Sok ország a korábbi szovjet blokkból elítélte totalitárius múltját és – gyakran egy új alkotmány létrehozása révén – demokratikus elvek mellett kötelezte magát arra, hogy a kormány lesz az, aki odafigyel a polgárok vágyaira és kívánságára, nem pedig fordítva.

Az újjáépítési folyamat gazdasági és politikai aspektusai sok szempontból harmonizálnak egymással. Valóban, a gazdasági reformok elősegíthetik a demokrácia létrehozását, és gyakran ezen indokok alapján is nyernek igazolást. Ha a kormányzati tisztviselők kezéből kikerül a hatalom az olyan gazdasági döntések meghozatalával kapcsolatban, mint például a munkahelyek vagy a keresetek kérdése, akkor ez nem csupán a hatékonyságot növeli, hanem egyben meg is fosztja a kormányzati tisztviselőket a társadalom fölötti hatalom gyakorlásának egy fontos eszközétől. Az emberek úgy fogják érezni, hogy szabadabban bírálhatnak és ellenkezhetnek. Az állam hivatalnokai bünvádi eljárással természetesen meg mindig megtorolhatják az állampolgári kritikákat. A büntetőjogi megtorlás persze szembetűnőbb, és ugyanakkor talán nehezebben is bevezethető, mint az olyan gazdasági döntések, hogy kit vesznek fel vagy kit léptetnek elő. Mindenesetre a büntetőjogi megtorlás már a szocializmusban is lehetséges volt.

E szemszögből nézve elég egyszerűnek tűnik a szabad sajtó létrehozásának feladata az új demokráciákban. Az állami tulajdonban lévő médiavállalatokat – a nyomtatott sajtót és az elektronikus médiát egyaránt – adják magánkézbe. Adják el vagy egyszerűen adják át az olyan egységeket, mint a nyomdák vagy a stúdiók. Engedjék, hogy új médiavállalatok lépjenek a piacra. Egyes területeken szükséges a frekvenciaszűkösség miatt a központi frekvenciagazdálkodás a sugárzási interferencia elkerülése érdekében, azonban a műsorszolgáltatói szerződéseket oda lehet adni azoknak, akik a legtöbbet ígértek érte, de ki is lehet sorsolni őket. Semmi esetben sem maradhatnak a politikai rendszer támogatóinak kezében.

E gyors privatizációs program gazdasági hasznot jelentene az új rendszernek, és még annál is többet a demokrácia számára, mivel növelné a média államtól való függetlenségét. Az újságok, a televízió és a rádió így képes lenne arra, hogy

ellássa az állampolgárokat a kormány működésével kapcsolatos információkkal és véleményekkel. Köztük kémiénen kritikus hangvételűekkel is. Először történhetne meg, hogy a polgárok megfontolt döntést hozhatnak képviselőik megválasztásáról, és hogy kényeszeríthetik az állam képviselőit, hogy reagáljanak a köz kívánalmaira.

Nem probléma származhat abból, hogy az újonnan privatizált média újságírói és riporterei ugyanazok lesznek, akik a régi állami médiában is dolgoztak már. A tulajdonviszonyok változása nem feltétlenül jelent személyi változásokat. További erőfeszítésekre lesz szükség ahhoz, hogy orvosolni lehessen a totalitárius társadalom hatásait, amelyek nyomán a totalitárizmusban is újságíróként dolgozók kritikai képességei elcsökevényesedtek vagy megsemmisültek.¹ A riportereket és újságírókat ilyenformán bátorítani kell, hogy használják a magánújság által számkra megvásárolt szabadság előjogait. Fontos továbbá, hogy az újságírók megszervezzék magukat, és szakmai szervezetekben keresszék megbecsült szakmáuk avassák az újságírást, amely független az államtól, és annak szolgálatában áll, hogy az állam figyelemmel legyen a polgárok kívánalmaira.

Meglehet, hogy az állam képviselői idővel bosszút állnak az újonnan privatizált sajtó újságíróin, és megtorolják a kritikákat. Ezek az akciók büntetőjogi vagy polgári jogi formát ölthetnek. Az állam képviselői olyan cselekményekkel vádolhatnak egyes újságírókat vagy televíziós munkatársakat, mint az állam tekintélyének megsértése (járató rágalmozás), az állam képviselői, mint egyének jó hírnevének csorbítása (rágalmozás), állami titkok nyilvánosságra hozatala (felrogtatás); vagy akár zavargás szítása (usztítás a köznyugalom megzavarására).² Ezekben az állami akciókban nem feltétlenül a galádáság vagy a bosszúállás nyilvánul meg. Szándékuk gyakran az, hogy megvédjék valamely legitim államérdeket; például a közrend védelme vagy az államgépézet olajozott működésének biztosítása. Mindazonáltal annak érdekében, hogy a sajtó szabadon bírálhassa a kormányt, hogy így hozza létre azt, amit leigyeztetve szűkséges témák neveznek³, szigorúan korlátok közé kell szorítani az állam e megtorló intézkedéseit az újonnan privatizált sajtóval szemben.

Hogyan is kellene ezt csinálni? Mi az Egyesült Államokban jó ideig küszködünk e kérdéssel, olyan környezetben, ahol a sajtó majdnem teljesen magánkézbelen működik, és az eredmény, amit elértünk, talán tanulságos lehet. Írott alkot-

¹ Lasd RFE/RL Research Institute Staff, Regional Survey: The Media in Eastern Europe, Radio Free Europe/Radio Liberty Res. Rep. 22, 22, 23, 26, 28, 29, 31, 32 (May 7, 1993).

² Annak tárgyalása, hogy az állam milyen módokon avatkozhat be a sajtó szabad működésébe, itt olvasható: Harry KALVEN, Jr. *A Worthy Tradition: Freedom of Speech in America*. Harper & Row, 1988. 3. 73.

New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 272 (1964).

mányban fektettük le a sajtó szabadságát, és a bírói hatalomra bíztuk, hogy a törvényt érvényesítse, mely bírói hatalom a pártpolitika csetepatéi felett áll, védve a politikai ágazat megtorlásától. Ennek eredménye egy olyan jogi doktrína, amely a meghatározott mértékben biztosítja a sajtó autonómiáját. Ez az autonómia kontextusról kontextusra változó, függően a szólás politikai értékétől és a szembenálló, a szólást korlátozni kívánó államérdek erejétől. Történtek apró, tapogatózó lépések ebben az irányban a volt keleti blokk új demokráciáiban, különösen Magyarországon.⁴ Ezek támogatásra méltóak, bár nem lesznek elegendőek.

⁴ Bár a volt szovjet birodalom területén létrejött új demokráciák továbbra is küszködnek azzal, hogy a bíraskodás számára egy független szerepet vívjanak ki, az orosz és a magyar alkotmánybíróság egyes esetekben bizonyos védelmet nyújtott a sajtónak, és sikeresen tartotta kordában az ellenséges állami hivatalnokokat. Lásd: Frances H. FOSTER: *Izvestia as a Mirror of Russian Legal Reform: Press, Law and Crisis in the Post-Soviet Era*. 26 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 675, 694–702 (1993); ARATÓ András: *The Hungarian Constitutional Court in the Media War: Interpretations of Division of Power and Model of Democracy*. 4–5. (1993. június 21.) (a tanulmány a Közép-Európai Egyetem „The Development of Rights of Access to the Media” című konferenciáján hangzott el).

Az általam az imént felvázolt, a szabad sajtó létrehozását célzó általános stratégia a sajtó privatizálása, az újságírók arra ösztökélése, hogy egy szakma tagjának tekintsék magukat, és egy alkotmányosan védett autonómiaözöna létrehozása a sajtó számára az állami korlátozással szemben azon a feltételezésen alapszik, hogy az állam a demokrácia természetes ellensége. Valóban, eltekintve a tisztán közzeg-dassági megfontolásokról, a privatizáció azért ajánlkozik oly erőteljesen mint demokratizáló stratégia, mert kiszabadítja a sajtót az állami fennhatósága alól. Az államot barátságatlan szímben feltüntető eligondolás a lehető legtermészetesebb az átmenet demokráciájában, ahol az emberek évtizedekig állami diktatúrák uralma alatt éltek, és most azon vannak, hogy megszabaduljanak e rettenettől. Az egykori szovjet birodalomban zajló átmenet ugyanakkor nem fog örökké tartani. Minden-esetre a közvetlen múlt emlékei nem szabad hogy elhomályosítsák az újjáépítési folyamat egészét. Az Egyesült Államokban több, mint kétszáz éve működik folyamatosan demokrácia, és ilyen körülmények között megtanultuk, hogy az államnak két arca van – van, hogy a demokrácia ellenségeként cselekszik, és van, hogy a barátjaként.

Az állam erőfelle szemlélete eleinte paradoxnak tűnhet, a szocialista diktatúrákból a nem is a nagyon távoli múltból ismert mellébeszélő balandzsá újrakisztásának tűnik. Az államnak a demokrácia védelmében betöltött szerepe világos lesz, ha megértjük, hogy a piac önmaga korlátozó struktúráként működik. Jóllehet, az újonnan privatizált sajtót nevezhetjük „szabadnak”, mivel az állam nem birtokolja vagy irányítja az újságokat vagy a rádió- és televíziócsatornákat, a média mégis egy szociális vákuumban működik. A tulajdonosok azon lesznek, hogy maximumálják a bevételeiket és minimalizálják a kiadásait, és a verseny nyomása korlátozza bevételek maximumálizálási képességüket. Ok a kapitalizmus vasídvéngyei szerint munkálkodnak, és ez éppúgy igaz lesz az újonnan privatizált sajtóra, mint bármely más vállalatra. Az államra így szűkség lehet, hogy ellensúlyozza a piac felől a sajtóra irányuló nyomást.

A társadalomban senki sem cselekszik teljesen autonóm módon. Mindenki be van ágyazva egy öt korlátozó társadalmi szerkezetbe. Így fel kell tenni a kérdést, hogy pusztán tisztán politikai szempontból van-e ok aggodni a korlátozás miatt, melyet a piac gyakorol a médiára. A privatizáció legjellegesebb híveinek érvei sze-

rint a fenti korlátok nem ütköznek a demokratikus célokkal, sőt, tulajdonképpen e célok elérését szolgálhatják. A bevételmaximalizálás vágya a kiadókat és a tévé-társaságokat arra sarkallja, hogy terméktüket a közönség számára vonzóvá tegyék, így arra törekszenek, hogy tudósításaik és az a mód, ahogy beszámolnak az eseményekről, megfeleljenek a fogyasztói vágyaknak. A közönség megkapja, amit kíván. Közgazdasági elmélet és az amerikai tapasztalat támasztja alá ezt az elképzelést, de én nem hiszem, hogy e nézet választ ad minden fontos kérdésre.

Először is, a költségek korlátozni fogják az újonnan privatizált vállalatokat a fogyasztói igények kielégítésében. A vállalkozók a profitmaximalizálásban érdekeltek, ami, mint az imént említettem, a költségek minimalizálását és a bevételek maximalizálását jelenti. Így könnyen lehet, hogy a média jóval kevesebbet fog nyújtani a közönségnek annál, mint amennyit az kapni akar. A televíziós ipar vezetői, megrettenve a hírgyártás vagy a minőségi dokumentumműsorok gyártási költségeitől, kísértést fognak érezni például arra, hogy régebbi *sitcom*ok és szappanoperák újrakiadásával töltsék fel a programot. Ez természetesen kielégíti a közönség egyes szegmenseinek teljes szükségletét. Ám más nézők csalódottak lehetnek, míg megint mások leszállítják az elvárásaikat, és preferenciáikat a realitásokhoz igazíthatják.

Másodszor, amikor a hirdetésekből származik a bevételek zöme – ami jellemzően így van a privatizált sajtó esetében –, az hasonló torzulásokat eredményez majd, mint amilyenek az Egyesült Államokban voltak tapasztalhatók. Az egyik ilyen torzulás abból a nyilvánvaló tényből származik, hogy lényegtelen, hogy a közönség mennyire szeretne egy bizonyos műsort nézni vagy cikksorozatot olvasni, a hirdető nem fogja azokat támogatni, ha csak nincsenek meggyőződve arról, hogy termékeik eladásai növekednek az ezen tartalmakat támogató hirdetések révén. Riporterek számolnak be például arról, hogy az Egyesült Államokban a kereskedelmi tévécsatornák valamelyest háttérbe szorították az 1991-es Öbölháborúról való tudósítást, mert hirdetőik el akarták kerülni, hogy termékeik a halál és a pusztítás képeivel kapcsolódjanak össze.⁵

A hirdetőknél a sajtó tartalmára gyakorolt hatása nem korlátozódik az ehhez hasonló szándékos vagy egyedi esetekre. Általánosságban elmondható, hogy a hirdető csak akkor hirdetnek adott lapban vagy tévéműsorhoz kapcsolódva, ha feltételezhető, hogy azokat olyan emberek nézik vagy olvassák, akiknél a pénz, izlés és

⁵ Lásd Bill CARTER: Few Sponsors for TV Wars News. *New York Times*, Feb. 7, 1991, at D1, col.3; Rick DuBrow: TV and the Gulf War: TV Networks Shying from Vivid Violence. *Los Angeles Times*, Feb. 7, 1991, at A10, col. 5. Egy hirdetői megrendelés visszavonására válaszul a CBS vezetői biztosították a hirdetőket, hogy „a háborús tudósítások szerkesztése során biztosítjuk a hirdetésekhez vezető zárás megfelelő kialakítását. Ezek egyik módja lehet, hogy a hirdetéseket olyan részek után illesztjük be, amelyekben speciálisan elkészített, felfokozott hangulatú háborús képek vagy üzenetek láthatók, például a hazafias vélemények a hátszorból.” CARTER, i. m.

szándék is adott a termékek megvásárlásához; és a kiadók és szerkesztők úgy alakítják saját termékeiket, hogy azok e csoport számára legyenek vonzóak. Ennek eredményeképpen a magánkézben lévő sajtót jobban érdeklik egyes speciális „csoportok” a széles nyilvánosság helyett, és a magánkézben lévő lapok és tévé-társaságok elhanyagolják a csekély vásárlóerővel rendelkező vagy a hirdetőknak kevesebb hasznot hajtó csoportok információs és kulturális szükségleteinek kielé- gítését.

Harmadszor, míg a közönség meghatározott szegmense közönséges piaci eszkö-

zökkel alakíthatja a tévécsatornákat és a lapok tartalmát, ezek a személyek nem egy kollektív döntéshozatali eljárásban hozzák meg a döntésüket. Ellenkezőleg, atomi- zálva működnek, és az interakció ezen formája komoly következményekkel járhat preferenciáik megfogalmazására és meghatározására nézve. Azok a televíziós és rádióműsorok, amelyeket ezek az egyének otthonuk magányában, vacsora után, egy átdolgozott nap végén kihasználhatnak, valószínűleg egészen mások, mint ame- lyek mellett egy, a lehetőségeket alaposan átbeszélő vita révén döntenének. Ugyan- ez igaz a naponta megvásárolt újságra. A műlt diktatúrájának elutasítása és a demokrácia felé fordulás során a nyolcvanankilencese nem követték magukat ahhoz, hogy minden egyes társadalmi döntést kollektív vita és döntéshozatal előz- zön meg, és a demokrácia elmélete sem ír elő ilyen kötelezettséget. Ugyanakkor „a köz” nevében kijelentett bármiféle esztünkben a saját tudósítására vonatkozó állítás normatív ereje gyakran megkívánja az efféle közös vitát és döntéshozatalt

Ennélfogva jó okkal kételkedhetünk abban, hogy a privatizált média mindent megad a közönségnek, amit az kíván. Azok a tudósítások vagy műsorok, melyeket a piac határoz meg – amit én „piaciilag meghatározott szövegeknek” nevezek, csak a durva közelítése egy „demokratikusnak” szövegeknek, azaz az olyan adásnak vagy tudósításnak, amelyet az emberek alapos megfontolás alapján vá- lasztanak, tüggeljenül a költéségektől, és ahol a döntéshozatalban mindenkinek egy szavazata lehetne.” Ugyanakkor van itt egy mélyebben fekvő probléma is: az eszménynek vagy a mércének, mely alapján a piac által létrehozott terméket meg- ítélik, vajon annak kell-e lennie, amit én demokratikusan meghatározott szöve- nak neveztem? A demokrácia magában foglalja az emberek kívánságos kormányzat- ról és társadalomról hozott döntését, ám e döntés nem feltétlenül terjed ki a nézetekre, melyeket meg kell ismernünk, és az álláspontokra, amelyeket meg kell fontolnunk e másik döntés meghozatalához. Talán ennél többre kellene törekedni.

⁶ A lengyel tapasztalatokról írva Karol Jakubowicz hasonló megkülönböztetéssel él, amikor a „sza- bad kommunikációt” beszél a „demokratikus kommunikációval” szemben. Álláspontja szerint közép- és Kelet-Európa új demokráciái nagyobb súlyt fektettek a „szabad kommunikáció” hiberánus, piaci felléására az olyan kommunikációval szemben, amely a teljes közönséget megjelenti. Lásd Karol Jakubowicz: *Freedom vs. Equality*, 1993 *East European Constitutional Review* 42, 43.

A demokrácia a kormányzás olyan formája, amely végső soron a közvéleményre bízta annak eldöntését, hogy hogyan kíván élni. A kollektív önrendelkezés elvén alapszik, melyből szükségképpen következik az a feltételezés, hogy a közvélemény e döntéshozatal során tökéletesen értesült minden szóba jöhető lehetőséget és minden véleményt illetően, essen szó bármilyen témáról. Más különben a közvélemény nem lenne abban a helyzetben, hogy eldönthesse, hogy mi áll leginkább érdekében, vagy hogy mi szolgálja legjobban az érdekeit; így nem döntene saját sorsáról. Ilyen keretek között az a szabad sajtó feladata, hogy ellássa a közvéleményt azokkal az információkkal, amelyek szükségesek szuverén előjoga gyakorlásához. Ez az elképzelés megfogalmazható úgy is, hogy egy demokratikus rendszerben – legyen az egy új demokrácia az egykori keleti blokkban, vagy egy megállapodott stabil demokrácia, mint az Egyesült Államok – az a sajtó feladata, hogy „korlátlan, erőteljes és szélesre nyitott”⁷ vitát hozzon létre a közérdekű kérdések ügyében.

Tegyük fel, hogy az emberek mégis úgy döntenek, hogy már elégük van az „erőteljes közéleti vitákból”, és már könyöklőn jön ki a gazdaságpolitikáról vagy az etnikai kisebbségeknek járó bánásmódról folytatott eszmecsere, és most már csak az agyzsibbasztó szórakoztató műsorok, a bulvárlapok és a szexuális fantáziájukat kiszolgáló tévécsatornák érdeklik őket. Megkövetelné-e a demokrácia, hogy tiszteletben tartsunk egy ilyen döntést? Azt hiszem nem; nem jobban, mint amennyire a szerződéskötés szabadsága melletti elkötelezettségünk követelné meg egy olyan szerződés tiszteletben tartását, amelyben valaki eladja magát rabszolgának.

Meg kell különböztetnünk a „demokratikusan meghatározott” szólást attól, amit „erőteljes közéleti vitának” neveztem, és az utóbbihoz mérve kell a piac teljesítményét értékelni. Ez az elképzelés idegennek tűnhet azon szabadságok rendszere tükrében, melyeket hagyományosan a demokratikus kormányzáshoz társítunk, de nem az. Az amerikai Jogok Törvényét, melyben benne foglaltatik az Első Alkotmánykiegészítésben a sajtónak nyújtott védelem is, gyakran emlegetik a „kisebbségi jogok” vagy „az egyén jogainak” védelmezőjeként, vagy a „többség önkényuralma”⁸ elleni bástyaként. A sajtó állami beavatkozással szembeni védelmében a Legfelső Bíróság nagyon is jól tudja, hogy az állam gyakorta nem a többség akaratával szemben, hanem éppen a többség akaratának eszközeként cselekszik. A Legfelső Bíróság önmagára rótta ki a felelősséget, hogy megvédje a közéleti viták erőteljességét – más szóval, hogy a demokráciát megvédje saját magától.

⁷ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. at 270 (1964)

⁸ Vö. Akhil R. AMAR. The Bill of Rights as a Constitution, 100 *Yale Law Journal* 1131, 1147–52 (1991) vitatkozva a közkeletű elképzeléssel, miszerint az Első Alkotmánykiegészítéshez kötődő szólás- és sajtószabadság legfőbb feladata kisebbségek védelme lenne, érve szerint az Első Alkotmánykiegészítés „strukturális magva” ellenséges kongresszusi cselekedetekkel szemben védi a többséget alkotó csoportokat.

hogy a kormány képviselői azok ellen fordíthatják a kezükben lévő hatalmat, akik bírálni merészelik őket.

Szerintem azonban semmi okunk ilyen szűkre szabni a demokratikus sajtó küldetését. Nyilvánvaló, hogy a sajtónak – Blasi professzor kifejezésével¹² élve „ellenőriznie” kell a kormányzat képviselőit, ám ezen túl felelős a gazdasági és társadalmi rendszer nagy kérdéseinek tárgyalásáért is, mint amilyen a vagyoni társadalmi megoszlásának kérdése, vagy a dolgozók szerepe a munkahelyük irányítási rendszerében. Egy demokratikus társadalomban a választópolgárok hatásköre mindezekre kiterjed.

Sőt, még ha a közéleti viták körét szűkre szabjuk is, és azok mindössze a kormányzat képviselőire és munkájuk bírálatára terjednek ki, akkor is van okunk tartani a piaci kényszertől, mivel a piac képes befolyásolni egyes kormányzati szakpolitikai döntéseket, illetve döntéshozó politikusokat. Képzeljük csak, hogy a frissen privatizált sajtó, amely nyilvánvalóan nagymértékű magántőkebevonásra szorul, hogyan mutatna be egy olyan politikai jelöltet, aki a vagyoni radikális újraelosztását vagy a munkásellenőrzés bevezetését sürgeti.¹³ Bár nem minden kormány politikája érzékeny a piac hasonló szempontjai iránt, de sok kormányé igen, ennél fogva aggodalomra adhat okot a piac közéleti ügyek megvitatására irányuló hatása még akkor is, ha az aggodalom csak a kormányzati ügyekkel kapcsolatos szításokra korlátozódik.

Az állami és a piaci korlátozást szokás az alapján is élesen elkülöníteni egymástól, hogy más-más módon történik hatalmuk érvényesítése.¹⁴ Az állam monopóliummal rendelkezik az erőszak legitim használata felett, és börtönbe zárhatja azokat, akik megszegik a rendelkezéseit. A médiamogulok azáltal érvényesíthetik a követeléseiket, hogy kivesznek egy cikket a megjelenő lapból, bizonyos módon alakítanak adott tévéműsort vagy kirúgják az újságírókat, akinek a leadott cikkei nem adják el a lapot. A gyakorlatban persze a hatalomérvényesítés egyes módszerei közötti különbségek nem ilyen nyilvánvalóak. Az állam polgári jogi eszközökkel érvényesítheti korlátozásait (például kártérítések kiszabása vagy műsorszolgáltatási engedélyek kiadásának megtagadása által), ha az Egyesült Államok példája bármilyen értelemben is érdekes, nos, akkor az efféle jogorvoslatok közhelyszámba mennek. A szankciók feltételezett súlyosságbeli különbsége szintén kérdéses.

¹² Lásd Vincent BLASI: *The Checking Value in First Amendment Theory*, 1977 *American Bar Foundation Research Journal* 523

¹³ Annak tárgyalását, hogy a nyugati sajtó hogyan mulasztotta el tárgyalni a „nagy kérdéseket”, beleértve a társadalmi struktúra és a vagyoni megosztásának kérdéseit, lásd Charles E. LINDBLOM: *Politics and Markets The World's Political-Economic Systems*. New York, Basic Books, 1977 204–07

¹⁴ Lásd Charles FRIED: *The New First Amendment Jurisprudence: A Threat to Liberty*. *University of Chicago Law Review* 225, 235–37 (1992).

Mennyivel rosszabb valakit börtönbe vetni annál, mint ha elveszti a munkáját, vagy vállalkozása lefuzhatja a rolót? De még ha meg is engedjük e megkülönböztetéseket, a demokrácia szemszögéből nincs jelentős különbség a között, hogy az állam vagy a piac érvényesíti rendelkezéseit. Ami számít, az nem a korlátozás érvényesítése során használt eszközök morális minősége vagy a megtorlást elszívó védő ember által átélte megpróbáltatások, hanem a korlátozás közbeszédre gyakorolt hatása.

II.

A volt keleti blokk reformereinek éppúgy tisztában kell lenniük a sajtó piaci korlátaival, mint ahogy az állami korlátozással tisztában vannak. A gyors privatizációnak – megtámogatva a sajtó függetlenségét kinyilvánító jogi doktrínával és az államtól való függetlenséget hirdető szakmai éthosszal – kell a legfőbb stratégiának maradnia. A privatizáció szükséges a múlt diktatórikus üzelmei által öröktől hagyott elnyomó hagyományok eltörléséhez. A reformerek nem állhatnak azonban meg ezen a ponton. Egy sor, hálózatba rendeződő stratégiát kell alkotni ahhoz, hogy ellensúlyozni lehessen a piac korlátozó hatását.

Jóllehet, a nyolcvankilencesek számára nyomasztó felelősség lesz e stratégiák megalkotása, megfontolásra érdemes tapasztalatokkal szolgálhat számukra a mi országunk, amely a magántulajdont fogadta el a média alapvető gazdasági szerkezeteként, ám amely számos módon ki is egészítette e szerkezetet. Kétféle kiegészítő szabályozással kísérleteztünk; az egyiket nevezhetjük „műsorszabályozásnak”, a másikat „strukturális szabályozásnak”.

A műsorszabályozás közvetlenül ellenőrzi a sugárzott adások vagy a kiadványok tartalmát azért, hogy a szélesítse a közvélemény számára elérhető nézetek körét. Példának felhozható a Szövetségi Kommunikációs Bizottság (*Federal Communications Commission, FCC*) „méltányosság doktrínája” (*fairness doctrine*), amely megkívánja a rádió- és tévécsatornáktól, hogy számoljanak be a közélet ügyeiről, és hogy azt méltányosan tegyék.¹⁵ Másik példa lehet az olyan törvények köre, amelyek elismerik azok „válaszási jogát”,¹⁶ akiket személyes vagy politikai támadás ér a médiában, vagy pedig azok a követelmények, amelyeket az elektronikus médiának teljesítenie kell az elnökválasztási tudósítások alkalmával.¹⁷

¹⁵ A méltányosság-doktrína háttéréről és tartalmáról lásd *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC* 395 U.S. 367, 369–71 (1969). Lásd még Randall RAINFORD: *The Public's Interest in Public Affairs Discourse, Democratic Governance and Fairness in Broadcasting: A Critical Review of the Public Interest Duties of the Electronic Media*. 82 *The Georgetown Law Journal* 269 (1993).

¹⁶ Lásd *Miami Herald Publishing v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974).

¹⁷ *Columbia Broadcasting Sys. v. FCC*, 453 U.S. 367 (1981).

Egy alkalommal politikai szervezetek megkísérelték elérni, hogy az FCC kötelezze a csatornákat „szerteszét”¹⁸ megjelentetésre. Ez is műsorszabályozásnak minősült volna.

A strukturális szabályozások ugyanezt a célt szolgálják, bár ártételesebben fejtik ki hatásukat. A törzsellelmes törvények a strukturális szabályozás példái, bár nem tökéletes példák abban a tekintetben, hogy azok a piacot tökéletesebben kívánják, nem pedig ellensúlyozni.¹⁹ Egy erőteljesebb változat jelenik meg az FCC „kérésztulajdonlás” korlátozó szabályaiban, amelyek megtiltják a laptulajdonosoknak, hogy a lapjukkal megegyező piacon tévé- vagy rádiótulajdonosok legyenek. Olvassuk ezen üzleti terjeszkedéseket még akkor is korlátozzák, amikor az nem veszélyeztetné a piaci verseny kiegyensúlyozott működését. Az indok politikai, nem gazdasági. A strukturális szabályozás még ennél is figyelemre méltóbb formája az volt, amikor a Kongresszus az 1960-as években úgy döntött, hogy létrehoz és finanszíroz egy olyan közmédiarendszert, amely nem kizsartori, hanem kiegészítő, nem kívánja a kereskedelmi csatornákat.²¹ E közmédiarendszert a kereskedelmi média által jórészt figyelmen kívül hagyott, ám a demokratikus önkormányzás szempontjából életbevágó ügyekről.²² Végül pedig meg kell említeni az FCC azon intézkedéseit, amelyek nyomán bizonyos bűzsin, illetve etnicitás alapján meghatározott kisebbségek pályázatait előnyre élveztek az elektronikus médiatornák üzemeltetésére kilt pályázatait folytatni.²³ Ez az intézkedés bizonyos mértékig a kisebbségek társadalmi helyzetét javító szakpolitikának szá-

¹⁸ *Columbia Broadcasting Sys. v. Democratic Nat'l Comm.*, 412 U.S. 94 (1973).

¹⁹ A törzsellelmes törvények és azok érvényesítése ellenére a napilappal rendelkező amerikai városok 98%-ában csak egyetlen napilap volt kapható 1986-ban. Lásd Robbie Street, Joint Operating Agreement in the Newspaper Industry: A Threat to First Amendment Freedoms, 138 *University of Pennsylvania Law Review* 275, 277 (1989). Lásd általában William E. Lee: Antitrust Enforcement, Freedom of the Press, and the „Open Market”: The Supreme Court on the Structure of and Content of the Mass Media 32 *Vanderbilt Law Review* 1249 (1979).

²⁰ Lásd Second Report and Order, Amendments to Rules Relating to Multiple Ownership of Standard, FM, and Television Stations, 50 F.C.C.2d 1046 (1975). Az FCC „kérésztulajdonlás” szabályait jelenleg a 10. körzet Columbia Fellebbviteli Bizottságán Lásd *News America Publishing v. FCC*, 844 F.2d 800 (D.C. Cir. 1988).

²¹ Lásd Public Broadcasting Act, 47 U.S.C. §§ 390-99 (1967).

²² Carnegie Commission on Educational Television: Public Television: A Program for Action (1967).

²³ Az Egyesült Államok Legfelső Bizottsága fenntartotta ezen intézkedés alkotmányosságát a *Metro Broadcasting, Inc. v. FCC*, 497 U.S. 547 (1990) perben. Két évvel később az Egyesült Államok District of Columbia Fellebbviteli Bizottsága érvénytelenített egy hasonló intézkedést, amely a nőknek kedvezett a frekvenciapályázatok során. Lásd *Lamprecht v. FCC*, 958 F.2d 382 (D.C. Cir. 1992). A *Lamprecht* megfogalmazója, Clarence Thomas ma a Legfelső Bizottság bírja. A *Metro Broadcasting* ítéletet meg-
hozó öt bíró közül négy, Brennan, White, Marshall és Blackmun bírák azóta nyugdíjba mentek.

mít, ám mégis van egy szólás-dimenziója, mely által a strukturális szabályozás egy formájának is tekinthető. Ez az elgondolás feltételezi, hogy a rasszhoz tartozás felfogható nézőpontként, és hogy az új tulajdonosok a piac által nekik átengedett döntési jogkörüket egy sokszínűbb programstruktúra érdekeit szem előtt tartva gyakorolják, így gazdagítva a közbeszédet.

Bár az iméntiekben bemutatott szabályozási eszközök főként a rádióra és a televízióra, és nem a nyomtatott sajtóra vonatkoznak, a sajtóiparra is alkalmazhatók. A Legfelső Bíróság elfogadott bizonyos, a sajtótermékeket korlátozó intézkedéseket (például trösztellenes kontextusban), azonban általában véve ellenségesen szemlélt minden, a lapokat érintő szabályozást, és a törvény által szentesítette a nyomtatott és az elektronikus média megkülönböztetését. Mindenekelőtt is, a Legfelső Bíróság érvénytelenített egy floridai választási jogi rendeletet, amelyet vélhetőleg alkotmányosan lehetett volna alkalmazni a műsorszolgáltatókra nézve.²⁴ E megkülönböztetést nehéz igazolni, és akik új alkotmányos keretet alkotnak országuk számára, nyugodtan figyelmen kívül hagyhatják törvényünk e furcsa jellegzetességét.

Az újságok a működő sajtó részei, csakúgy, mint a tévécsatornák és rádióállomások. Mindegyikük formálja a közbeszédet, és informálja az embereket a valóság azon szegmenséről, amely túl van mindennapi tapasztalataink szemhatárán. A rádióállomások és tévécsatornák kizárólag az államtól kapott műsorszolgáltatási engedély birtokában tevékenykedhetnek, hogy elkerüljék az elektromágneses spektrumban a jelek interferenciáját. A kábeltévék és -rádiók vezetéken keresztül továbbítják jeleiket, de esetükben is szükség lehet engedélyezésre az utcák és közterek integritásának megőrzése érdekében, nagyon hasonlóan ahhoz, ahogy az a telefonos rendszereknél történik.²⁵ Az újságok esetében nincs olyan fizikai szükségszerűség, ami alapján indokolt lehetne az engedélyeztetés. Következésképp elképzelhető, hogy az elektronikus és nyomtatott média megkülönböztetése a létrehozásukban szerepet játszó tulajdonjog keletkezése alapján történik. A televíziócsatornák és a rádióállomások létrejötte az állam szándékos elosztó döntésének, konkrétan a műsorszolgáltatási engedély kiadásának köszönhető. Az újságok tulajdonjogának forrásai jóval szerteágazóbbak; olyan törvényekből származnak, amelyek minden vállalkozásra érvényesek. Ugyanakkor a sajtó különleges státusa és a szabadságra való igénye a saját társadalmi funkciójából ered – nevezetesen, hogy informálja a közvéleményt –, és ennek nem sza-

²⁴ Lásd *Miami Herald Publishing v. Tornillo*, 418 U.S. 241, 242 (1974).

²⁵ Lásd *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 114 S. Ct. 2445 (1994) – fenntartja, hogy a továbbítási (*must carry*) kötelezettségek a kábelszolgáltatókra rótt terhek és kötelezettségek miatt az Első Alkotmánykiegészítés fokozott felülvizsgálati tesztjét igénylik, de nem a legszigorúbbat.

bad megvalósítja a rajta fenálló tulajdonjog keletkezési módja vagy a létrejöt-

tében szerepet játszó dinamikák miatt.²⁶

A korábban említett kiegészítő állami beavatkozások nem szegénytelen, hanem épp gazdasági kívánjait a közügyek nyilvános vitáit, és általában a „hozzáféréshez való jog” kategóriája alá szokták őket sorolni. E kifejezés, amelyet Jerome Barron professzor az 1960-as évek végén vezetett be az amerikai alkotmányos közbeszédben egy nagy hatású folyóiratcikkekkel,²⁷ az egyesült államokbeli „em-

beri jogi beszédmód” övezo misztikából igyekszik tökélt kovácsolni. Ugyanakkor maga a kifejezés pontosan ezért félrevezető. Míg a jelenkori alkotmányos közbeszédben megjelenő csaknem minden emberi jog – például a családtervezés szabadságához való jog – támogat valamely, az egyénhez köthető értéket, ha alaposan szemügyre vesszük Barron „hozzáférési jogát”, szembevetendő, hogy az nem kívánja védelmezni a hozzáférést kereső egyéneknek az önkifejezéshez fűződő jogait. Ehelyett egy társadalmi célt, az erőteljes közéleti vitát akarja megvalósítani. Megfelelőbb kifejezés – és ezt is fogom használni a közéleti vitát gazdasági kívánó programok és szinkulturális szabályozások csillagzó arzenáljának megnevezésére a „hozzáférés-szabályozás”

Még e kiegészítés mellett is marad némi kértelműség. Az emberek hozzáféréstől beszélnek, de nem határozzák meg, hogy pontosan mihez is történik a hozzáférés. Minthogy a hozzáférés-szabályozás célja a közbeszéd gazdasági, nem pedig teret adni az egyén valamilyen, az önkifejezéshez fűződő érdekének, ezért a nyilvánossághoz való hozzáférést kell szavatolni, nem pedig a médiumhoz való hozzáférést, tévécsatornához, újsághoz való hozzáférést a nyilvánossághoz való hozzáférés csupán; és minden hozzáférés-szabályozást ennek megfelelően kell megítélni. Ennek fényében az amerikai kábeltelevé-rendszerez találat, bárki számára hozzáférhető „szabad mikrofon”-csatornák nem megfellelők. Ha egy személy hajnali háromkor megjelenik a tévében, az legfeljebb neki okoz némi személyes kielégülést, de amit mond, semmivel sem jut fontosabb szerephez a közbeszédet tekintetben, mint egy egyetemi könyvtár rakatának melyen elte-

²⁶ A Legfelső Bíróság elismerte a rádió és a televízió helyét a működő sajtóban olyan más jogi területeken is, mint a régálmarszási ügyek, ahol a sugározott műsorok létrehozói ugyanolyan előjogokkal és felölöséggel rendelkeznek, mint amilyencéket az újságok birtokolnak. Kétségtelen, hogy az összes más mérték megállapításakor szigorúbb ellenőrzést engednek az elektromikus média területén. Lásd *FCC v. Pacific Found* 438 U.S. 726 (1978). Mindamellelt e nagyobb állami ellenőrzés alapja az, hogy a műsorszámmai nem megcélzott nézőt, és különösen a veszélyeztetett közölöséget (például a gyerekeket) nehez elszigetelni a sugározott tévé- és rádióműsoroktól, és nem pedig az, hogy a televízió és a rádió nem része a sajtónak.

²⁷ Jerome A. Barron: Access to the Press. A New First Amendment Right. 80 *Harvard Law Review* 1461 (1967). Barron professzor továbbvite ezeket az elképzeléseket ebben a műveben Jerome A. Barron: *Freedom of the Press for Whom? The Right of Access to Mass Media*. Indiana University Press, 1973.

metett könyv. Egy igényes hallgató természetesen rátalálhat e véleményre, azonban jó, ha a valóság talaján maradunk a közvélemény kíváncsiságának természetét illetően. Ugyanakkor viszont, amennyiben az adott nézet vagy információ a média főáramában szerepel, és így teljesen hozzáférhető a közvélemény számára, nincs szükség tovább a hozzáférés követelésére. A szabályozás indoka így megszűnik, és a hozzáféréshez való további ragaszkodás e körülmények között immár szükségtelen, sőt, talán még követelőző is. Charles Fried metaforájával élve olyan lenne, mintha „azáltal fitogtatnánk az erőnket, hogy zászlóinkat mások zászlórúdjaikra vonjuk fel”.²⁸

Tágabban szemlélve tehát az amerikai alkotmányos tapasztalat két aspektusa tűnik fel. Hogy teljesíthesse demokratikus küldetését, a sajtónak bizonyos fokú autonómiát kell kapnia, de ennek az autonómiának nem szabad eleve kizárnia a hozzáférés szabályozását. Az alapstruktúrának magántulajdonban kell lennie, de megengedhető az állami támogatások folyósítása a piac által nem teljes mértékben ellenőrzött rádióállomások vagy tévécsatornák, vagy akár minőségi véleménylapok létesítésére. A sajtót jogi doktrínának kell védeniük a közbeszédet elfojtó állami szabályozással (például a lázító rágalmazás vádjával) szemben, de nem azoknak, melyek az ellenkező hatást fejtik ki (például a méltányosság-doktrína). Szakmai-etikai szempontból fontos, hogy az újságírók fenntartsák az államtól való függetlenségüket, anélkül, hogy túl szorosan kötődjenek a munkaadójuk gazdasági céljaihoz. A sajtónak minden alkalommal informálnia kell az embereket az előttük álló kérdésekkel kapcsolatban, és be kell mutatnia az e témákkal kapcsolatos ellentétes nézeteket. Csak ekkor lesznek a polgárok abban a helyzetben, hogy a demokrácia által ígért előjogukat gyakorolják.

* Az idézet arra az amerikai szokásra utal, hogy a kertvárosi környezetben lakók gyakran állítanak fel zászlórudat házuk előtt, amire az amerikai nemzeti, olykor a tagállami lobogót húzzák fel. *A ford.*

²⁸ FRIED (14. l.), 253. Fried ezt a metaforát minden olyan műsorszabályozásra alkalmazta, amelyet ő „erőszakolt műsornak” (*forced programming*) nevez, amely azon a kétséges hipotézisen alapul, hogy a közönség úgysem figyel oda sosem.

Nagy a veszélye annak, hogy a rendszerrel nyolcvankilencesek nem veszik tekintetbe az amerikai alkotmányos tapasztalat sokarcú termékeit. A reformerek juthatnak arra a következtetésre, hogy a sajtószabadsághoz nem kell más, csak az államtól való függetlenség, és figyelmen kívül hagyhatják a hozzáférés-szabályozás szükségességét. Az amerikai tapasztalatok ilyen felértékelése több forrásból is táplálkozhat, beleértve a nagy pénzügyi szervezetek tevékenységét. Valószínűleg egy különös időbeli véletlen egybeesés az oka e hiedelmeknek: az újjáépítés pont abban az időszakban történt, amikor ebben az országban a legtöbb gyártó merül fel a hozzáférés-szabályozás hitelességével kapcsolatban. Az 1960-as és kora 1970-es években az amerikaiak tisztában voltak a hozzáférés-szabályozás fontos-ságával. Az ezt követő két évtizedben viszont az aktivista állam kegyvesztetteként a „hozzáféréshez való jog” és a demokráciára hivatkozó sajtószabályozás eszméje egyre nagyobb támadásnak lett kitéve. Pélek attól, hogy a nyolcvankilencesek rendszerrel, mint a politikuskok általában, egy korlátozott időhorizontot szemlélnek, és a Reagan-évek összeköveinek az amerikai tapasztalatok összességével. Amikor a nyolcvankilencesek újjáépítési vállalkozásuk során Amerikára tekintenek, egy tagabb történelmi perspektívát kellene szemlélíniük. Szintén fontos lenne, hogy elismerjék a kritikai tisztálítást a hozzáférés-szabályozás 1970–80-as évekebeli kritikájának értékelését illetően. Az egyik ilyen kritikát az a kétség táplálta, hogy az efféle szabályozás gazdasági-e egyáltalán a közéleti vitákat. Voltak, akik úgy érveltek, hogy a méltányosság-doktrína bátorralamabbá tette a tévé-társaságok tudósításait illetően, mert attól féltek, hogy ha valamely ellenmondásos dologra tapintanak rá, akkor a későbbiekben kénytelenek lesznek lebetűsíteni a megszólított felmek a válaszadásra. Ezen elgondolás szerint a szabályozás hatása az öncenzúra egy fajtája – a szűrke szolás.

Másrészt viszont, az állami beavatkozás szószólói szerint a szabályozási program egyes elemeit például a közérdekű témák bemutatását elrendelő szabály – védelmet nyújthatnak a szűrke szolással szemben. E szószólók ahhoz is ragaszkodtak, hogy a méltányosság-doktrína vagy más hozzáférés-szabályozás hatásfokát össze-hasonlíto elemzés alapján ítélik meg. Még ha el is ismerünk némi öncenzúrát a szabályozás eredményeként, a sugározott műsornak így is sokszínűbbnek kell len-

nie, és nagyobb mértékben kell összpontosítani a közérdekű kérdésekre, mint ha egyáltalán nem létezne a szabályozás. A hozzáférés-szabályozás hatásának teljes körű értékeléséhez nem csupán az öncenzúra egyes eseteit kell számba venni, hanem a hozzáférés-szabályozás egészét kell szemlélni, és megítélni, hogy a közérdekű témákról történő tudósítás hogy nézett volna ki e szabályozások nélkül. Csak ekkor tudjuk megítélni, hogy azok gazdagítják vagy szegényítik-e a közéleti vitákat.

A hozzáférés-szabályozás e kritikája empirikus úton ragadta meg a szabályozás valószínűsíthető hatásait, ám voltak elméletibb jellegű kritikák is. Konkrétan egyes kritikusok azzal érveltek, hogy a hozzáférés-szabályozások természetüknél fogva nem tartalomsemlegesek, és mint ilyenek, sértik a tartalomalapú szabályozás tilalmának elvét. Ezen elv azon az elképzelésen alapszik, hogy közügyekben történő döntés a nyilvánosság feladata, és hogy az állam tisztviselőinek nem szabad meghatározniuk az egyes gondolatok értékét, vagy előnyben részesítenük egyik nézetet a másikkal szemben egy közéleti vitában. Az állam tisztviselőinek semlegesnek kell maradniuk a közélet ügyeiben, és hagyniuk kell, hogy az emberek hadd döntsenek úgy, ahogyan az a legjobb nekik. Az állami semlegesség kívánalma rokonszenvesnek tűnik, szilárdan gyökerezik a demokraciáelméletben,²⁹ ám nem látom be, hogy a hozzáférés-szabályozás gátja lenne akár az Egyesült Államokban, akár a volt keleti blokkban.

Kétségtelen, hogy a hozzáférés-szabályozásban szükségképpen megjelennek tartalomalapú ítéletek is. A műsorszabályozásban közvetlenül hozzák a tartalmi ítéleteket; a strukturális szabályozásban áttételes módon. Tekintettel a forrásszűkösségre és a témák, továbbá a nézetek sokféleségére, az állami tisztviselők nem kerülhetik el az olyasfajta döntéseket, mint hogy ítéletet alkossanak bizonyos nézetekkel kapcsolatban, hogy milyen támogatásokat utaljanak ki, hogy a műsor-szolgáltatási engedélyek kiadásakor milyen csoportoknak kedvezzenek, vagy hogy mely témákat kell közérdekű témáknak tartani. Ám e tartalomalapú ítéletek célja nem egy meghatározott eredményre irányul, hanem arra, hogy védelmezze a közös vita és döntéshozatal folyamatát. A hozzáférés-szabályozás kialakítása és érvényesítése során az állam mint parlament cselekszik, és célja ekkor biztosítani a közvélemény teljes mértékű tájékozottságát. Mintha csak az állam azt mondaná, hogy „ezt a nézetet már hallottuk néhányszor” vagy „hallgassuk meg a másik oldalt is”.

A parlamenterként cselekvő állam ebbéli szerepében nyilvánvalóan az elhangzottak tartalmát veszi szemügyre. Ugyanakkor a tartalmi semlegességet elrendelő

²⁹ Lasd I. M. SCANLON, Jr.: Content Regulation Reconsidered. In: Judith LICHTENBERG (szerk.) *Democracy and the Mass Media*. Cambridge University Press, 1990 331, Geoffrey R. STONE: Content-Neutral Restrictions. 54 *University of Chicago Law Review* 46 (1987). Lásd általában KALVEN I. III. (2. l.).

szabad, hogy megakadályozza az államot ebben: hogy pontosan értsük, a szabály csak az olyan tartalmi tilleteket tilja, amelynek nincs más célja vagy funkciója, mint hogy formájuk a végeredményt. Természetesen minden szabályozási folyamatot hat valahogyan a folyamat kimenetelére. Am a döntést, melyet a demokratikus elmetet igyekszik az állami befolyástól elszigetelni, alapos vitának kell megelőznie, nem egyoldalú vagy felületes vitának. Bár a jól értesült polgár vélhetően más döntést hoz, mint a tájékozatlan, az állam polgárait felvilágosító és ezáltal más közéleti döntéseket eredményező szerepe egyáltalán nem összeegyeztethetően a demokrácia elvével.

Kavasz politikások természetesen mindig azt fogják mondani, hogy a folyamatos politikai szabályozás, amikor igazából a kimenetel szabályozása a céljuk. Az ilyen manipuláció veszélye intézményi megoldást igényel, amely kivesszi a program- vagy struktúrális szabályozást azok kezéből, akik a leginkább érdekeltek bizonyos politikai eredmények kezébe adja, amelyeket viszonylag távolra helyeztek a politikától. Az Egyesült Államokban például a méltányosság-doktrína felülgyelelt és a frekvenciagazdálkodás feletti ellenőrzést az FCC kezébe adtuk, nem pedig az elnök vagy a Kongresszus kezébe. Hasonlóképp, létrehoztunk egy független állami vállalatot, a Községi Műsorszolgáltató Társaságot (*Corporation for Public Broadcasting*), hogy felügyelje a törvényhozás által finanszírozott rádióállomások és tévécsatornákat. A vállalat a Kongresszus által kiutalt éves költségvetésből gazdálkodik, de minden más tekintetben független az elnök vagy a Kongresszus közvetlen hatáskörétől.³⁰

Ezek az intézkedések egy régi amerikai hagyományon, a huszadik század elejétől eredeztetendő független, szabályozó intézményeken alapulnak. Nyilvánvaló, hogy a volt keleti blokk új demokráciáiban nincs ilyen hagyomány, amelyhez vissza lehetne nyúlni, és ezért különösen találékonyságnak kell lenniük. Új intézményeket kell létrehozniuk, amelyek az állam részét, és mégis függetlenek a politikai

³⁰ A törvény szerint a Községi Műsorszolgáltató Társaság (*Corporation for Public Broadcasting*) nagyrészt független a Kongresszus vagy a végrehajtó hatalom fenntartásától. A 47 U.S.C. § 398(a) megtilja „az Egyesült Államok bármely minisztériuma, hivatala, tisztviselője vagy alkalmazója számára, hogy a közmédiát és a Társaság, vagy bármely, a Társaság által támogatott vagy vele szerződött fél számára, hasonlóképp a Társaság alapító okirata és működési szabályzata tekintetében bármilyen utasítást adjon, felügyeletet vagy ellenőrzést gyakoroljon.” Intézkedéseket hoztak annak érdekében, hogy a Társaság kevésbé legyen a pártpolitikkának kitéve. A Társaság igazgatótanácsának tagjai az elnök nevezi ki és a szenátus hagyja jóvá, ám a 47 U.S.C. § 396(c)(1) (1994) rendelkezés értelmében a testület tíz tagjából legfeljebb hatan tarthatnak azonos politikai pártot. Lásd általában Steven D. ZANSBERG: „Objectivity and Balance” in *Public Broadcasting: Unwise, Unworkable, and Unconstitutional*. 12 *Yale Law Journal & Policy Review* (1994) érvelése szerint a Községi Műsorszolgáltató Társaság finanszírozását megújító törvény 1992-es „objektivitás és kiegyensúlyozottság” közzétételével alkotmányellenes, és összeegyeztethetetlen az állami pénzből finanszírozott közmédiával.

befolyástól. E feladat magától értetődő nehézségei igazán ijesztőek, különösen azt tekintetbe véve, hogy a félmúltban a totalitárius rendszer minden intézményt politikai ellenőrzés alá vont. Mégis, ez a feladat semmivel sem nyomasztóbb, mint létrehozni a fejlett kapitalizmus intézményeit az államszocializmus romjain – gondoljunk csak a bankrendszerre vagy az értékpapírpiacra.

Még az ilyen független intézmények és szervezetek felállítása esetén is fennáll a kockázat, hogy a tartalmi ügyekben hozott ítéletek nem a közéleti viták épségének megóvását, hanem épp ellenkezőleg, azok csökevényesítését szolgálják, egy meghatározott kimenetel érdekében. A szabályozók azt mondják ugyan, hogy azt szeretnék, hogy a közvélemény minden oldalt meghallgasson mondjuk egy adóügyi törvényjavaslat kapcsán, de csak a törvény támogatóinak adnak lehetőséget a megnyilatkozásra, vagy korlátozzák az üzleti érdekek szólását, mivel azt akarják, hogy az adott intézkedés életbe lépjen. Az elferdített végeredmény esélyét lehet minimalizálni, de teljesen kiiktatni nem. Másrészt viszont egy erős megelőző szabály elfogadása által – egy olyané, amely teljesen megfosztja az állam tisztségviselőit attól, hogy tartalmon alapuló ítéletet hozzanak – az állam egyszerűen hagyná, hogy a vitát teljes mértékben a piac uralja, amely természetesen nem semleges a tartalom tekintetében. A piaci részrehajlás nem állami tisztségviselők célzott cselekvései révén jön létre, hanem üzletemberek versengéséből származik. A jelenség a demokrácia szempontjából ettől még ugyanannyira aggasztó. A demokrácia teljes és nyílt vitát kíván minden olyan témában, amely fontos a közvélemény számára. A vita bármely korlátozása fenyegeti a demokráciát, függetlenül a beavatkozó entitás kilététől vagy a beavatkozás sajtóságos természetétől.

A hozzáférés szabályozása nem csupán az államtól követeli meg, hogy tartalmi ítéleteket hozzon, hanem olykor – különösen a műsorszabályozás esetében – egy-egy laptól, rádióállomástól vagy tévécsatornától is megköveteli olyan üzenetek közzétételét, amelyeket e vállalatok tulajdonosai gyűlöletesnek tartanának. E követelmények célja nem az, hogy megbüntesse vagy megalázza az újságot, mert az botrányos beszámolót közölt, hanem az, hogy növelje a közvélemény számára elérhető információk és nézetek mennyiségét. Mégis, egyes kritikusok megkérdőjelezzik, hogy az efféle kényszer összeegyeztethető-e azon egyéni szabadság szavatolásával, hogy senkinek nem kell olyan eszméket támogatnia, amelyeket sértőnek tart. Az Egyesült Államokban ez az elv a nevezetes *West Virginia Board of Education v Barnette*³¹ legfelső bírósági ítéletben nyert megfogalmazást, más vonatkozásban pedig a demokrácia szükséges folyományának tekinthető.

A háború kellős közepén, 1943-ban hozott *Barnette*-ítélet a lelkiismereti szabadság és a vallásszabadság erőteljes megerősítése volt. A Legfelső Bíróság nem volt hajlandó kapitulálni az országon akkoriban átsöprő hazafias buzgalom

³¹ 319 U.S. 624 (1943).

előtt, és védelmébe vette a kisiskolásokat, akik számára kötelezővé akarták tenni a tagjai voltak, összeegyeztethetetlennek tartották hitükkel az ország zászlója előtt tett hazafias eskütelit (pledge of allegiance).³² A Legfelső Bíróság döntése nem tűnik olyanoknak, mint ami az általam tanácsolt szabályozási elképzelésekre is vonatkozna. Igazából abban az időben, amikor megalkották a hozzáférés-szabályozásokat, sosem támadták őket a *Barnette*-hez hasonló alapon. Ugyanakkor a kései *Commission*³³ esetben a szolas megtagadásahoz való jogot kiszakította eredeti kontextusából, és arra használta, hogy a Kalifornia állam által alkotott, a közművekre vonatkozó hozzáférés-szabályozást érvénytelenítse, súlyos károkat okozva ezzel mindenfajta hozzáférés-szabályozás érvényességét illetően.

A *Pacific Gas*-esetben egy energiaszolgáltató cég támadott meg egy előírást, amely arra kötelezte a vállalatot, hogy a fogyasztóknak küldött gázzsámák szabadon maradó felületén engedje egy közhasznú szervezet üzenetét megjeleníteni, hogy azok így érjék el a közönséget. Ezeket az üzeneteket a számlaborték felületén helyezték el, így azok nem emeltek a küldemény postai költségét. Az energia-szolgáltató cég ezt a felületet korábban saját hírlevele megjelenítésére használta, amíg a közműbizottság el nem rendelte, hogy évente négyszer a közhasznú szervezet üzenetét számára kell azt biztosítani. Válaszképpen a Legfelső Bíróság felidézte a *Barnette*-elvet, és azt a következtetést vonta le, hogy a közműbizottság megsértette a szabad szóhasznát az Első Alkotmánykiegészítés által szavatolt védelmet.

Azonnal nyilvánvaló volt a *Pacific Gas* jelentősége a sajtó működésének szabályozását tekintve. A többségi vélemény szerzője, Powell legfelső bírósági bíró a terület egy korábbi ítéletére hivatkozott következtetését alátámasztandó, amely érvénytelenítette Florida állam rendeletét a választás jogának biztosításáról, és 1987-ben az FCC értelmezésében a *Pacific Gas* azt jelentette, hogy el kell törölnie a média-nyosság-doktrínát.³⁴ Ha sérti az Első Alkotmánykiegészítést az, hogy egy közművállalatnak olyan üzenetet kell közölnie a számlabortékon, amelyet sérelmez, érvelt az FCC, akkor az, ha egy tévécsatornának olyan üzeneteknek kell helyet adnia programjában, amelyeket sérelmez, szintén sérti az Első Alkotmánykiegészítést. Véleményem szerint mind a Legfelső Bíróság ítélete a *Pacific Gas* ügyben, mind pedig annak az FCC általi kiterjesztése a sajtóra megkérdőjelezhető.

³² Uo. 629³³ 475 U.S. 1 (1986)³⁴ Syracuse Peace Council, 2 F.C.C.R. 5043, 5057, 5070, n.227, 5071 nn. 241-46 (1987), megértő-
sín 867 F.2d 654 (D.C. 1989).

Egy olyan társadalomban, ahol a sajtó magánkézből van, a műsorszabályozás vagy az állam által megkövetelt hozzáférés csorbítja a magántulajdonhoz fűződő jogokat, és csökkentik magántulajdonban lévő dolgok piaci értékét. Az előadásra közölt üzenetek vagy műsorok a kiadó vagy a csatorna által jövedelmezőbbnek ítélt cikkeket vagy műsorokat szoríthatnak ki. A kiszorított üzenetet csak akkor tudják közreadni, ha plusz oldalakat adnak a laphoz, vagy a napi sugárzási időt növelik valahogy. Lehet, hogy a gazdasági veszteség csekély, de mégis veszteség.

Egyesek erre a gazdasági veszteségre úgy tekintenek, mint ami a kompenzáció kötelességét rója az államra azon alkotmányos elv alapján – amely amúgy közhely a kapitalista társadalmakban –, hogy a tulajdon nem sajátítható ki közösségi használatra kompenzáció nélkül. Ugyanakkor viszont a Legfelső Bíróság visszautasított egy kártérítési keresetet egy másik esetben, amely egy megint más jellegű hozzáférés-szabályozással volt kapcsolatos. Kalifornia állam megkövetelte a plázák tulajdonosaitól, hogy a tulajdonukat képező bevásárlóközpontokban tegyék lehetővé politikai aktivisták számára, hogy az üzenetüket eljuttathassák a közvéleményhez.³⁵ A Legfelső Bíróság úgy határozott, hogy a gazdasági veszteség, melyet az állam elvárása okozott (a tiltakozó tevékenységek egyes vásárlókat elriaszthatnak), csupán korlátozás volt, nem pedig a tulajdon elvétele. E következtetés levonása során a Legfelső Bíróság nagy súlyt fektetett a szabályozás általános alkalmazhatóságára.

A *Pacific Gas* bölcs módon nem kérdőjelezte meg ezt a döntést. A Legfelső Bíróság egyetlen tagja sem vélte úgy, hogy a közműbizottság szabályozása az energiaszolgáltató tulajdonának elvételét jelentette volna. Valószínűleg ugyanez az eredmény születne a sajtóval kapcsolatos esetekben, vagy olyan gazdasági vállalkozások esetében, amelyek nem rendelkeznek állam által juttatott monopóliummal. Ha nem minősül elvételnek a bevásárlóközpontokhoz vagy a gázszámlaborítékhoz hozzáférést elrendelő döntés, akkor a sajtó által elszenvedett gazdasági veszteség sem az, amikor hozzáférést rendelnek el a laphoz. Bár a gazdasági veszteség ténye valóban fennáll, az üzlet állami szabályozása általában hasonló veszteséggel jár, és egyetlen olyan különleges feltétel sem forog fenn, amelyek miatt a korlátozás elvételnek minősülne.

A szabad szólás meghivatkozása nem csupán a gazdasági veszteségből adódik, hanem abból is, hogy a tulajdonos olyan eszméket köteles támogatni, amelyekkel nem ért egyet vagy éppen kimondottan gyűlöl. Ugyanakkor nehéz ezt az ellenvetést olyan, megvalósítható alkotmányos elvvé alakítani, amely ne fenyegetne a modern demokratikus állam lerombolásával. Az egész adórendszer azon az elképzelésen alapul, hogy az állampolgároktól beszedett adó olyan tevékenységekre is fordítható, amelyek ellenszenvessé számukra; ilyen például a háború, a felvonul-

³⁵ *PruneYard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74 (1980).

lások, az állami egyetemek egyes előadásai, vagy akár vitatott könyvek köz-könyvtárak polcain. Az efféle kötelező anyagi támogatás állampolitikai kötelesség, szükséges a közosság céljainak megvalósítása érdekében, amelyek közé a hozzáférő-szabályozás esetében a demokratikus folyamat maga is tartozik. Az egyén tulajdonának indokolt felhasználása olyasmire, amit ő maga viszolyogtatónak talál, olyan ár, amit a demokráciáért szükségsszerűen meg kell fizetnünk.

A Legfelső Bíróság ezt az elmeletet igazolta haloványan a *Pacific Gas*-ban. Powell bíró készségesen elismerte, hogy ki lehet venni a közcélú szervezeteket támogató adót az energiaszolgáltató cégre.³⁵ Tekintetbe véve ezt az állítást, aligha érheto a tiltakozás a gázszállító börtékjához a közcélú szervezetnek biztosított közvetlen hozzáférés ellen. Nincs funkcionális különbség aközött, hogy egy köz-célú szervezet számára biztosítanak egy állatában az energiaszolgáltató cég által használt területet, aztán kötelezik a vállalatot a postai többletköltségek megfizetésére, és aközött, amikor megadóztatják a vállalatot, majd a pénzt a közcélú szervezetnek adják, hogy terjessze az eszméit. Semmilyen alkotmányos különbség nincs a tulajdon és annak gazdasági értéke között, vagy – általánosabban szólva – a műsorszabályozás és a strukturális szabályozás között.

A tulajdon bizonyos elemekhez biztosított hozzáférés – egy plázához, börtékhoz, újsághoz, rádióállomáshoz vagy tévécsatornához – természetesen hordozza a téves képzetársítás veszélyét, amely az adóztatás esetében nem áll fenn. Egyes olvasók, nézők a közzeletit üzenettel szembeülvé az gondolhatják, hogy az a kiadó vagy a rádióállomás véleményét tükrözi, nem pedig azon személyt vagy szervezetet, aki számára a hozzáférést biztosították. Ennek fogva a *Pacific Gas*-ban hivatkozott jogot gyakran kényyszerű társulás elleni jogként definiálják, nem pedig a nem szólás jogaként (mint ahogy a *Barnette* esetében szerepel). Ugyanakkor, mint azt a bevásárlóközpont esete is tanúsítja, kevesen tulajdonosok a közüzemi vállalatnak, a kiadónak vagy a tévécsatornának a hozzáféréseben részesítettek által megjelentetett üzenetet. Akárhogy is, a téves társítás veszélye azt követelmé, hogy a megjelentetett üzenetet egésszétsék ki egy megjegyzéssel, nem pedig a hozzáférés megtagadását. Ha megköveteljük egy szervezetől, hogy tisztázó nyilatkozatot adjon ki a megjelentetett üzenet szerzőjét illetően – például, hogy „az itt megjelentetett nézetek nem a rádióállomás véleményét tükrözik” –, azzal szólásra kényszerítjük a szervezetet, de nem azon a módon, ahogy a *Barnette*-beli gyerekekkel tettük. Ez a szólás nem táplálja a vaskalaposságot; ez épphogy annak ellenkezőjét teszi lehetővé.

Ahogy a tartalmi alapú szabályozást megtiltó szabályt, úgy a szólás elkerüléseinek jogát védő szabályt sem szabad a hozzáférés-szabályozás tiltásaként értelmezni. Mindkét szabálynak fontos szerepe van a demokratikus társadalmakban, ám

³⁵ *Pacific Gas*, 475 U.S. at 19.

e szabályok pontos értelmezési tartományát nagyon pontosan kell körülírni. Nem szabad úgy értelmezni őket, mint a közéleti vitát gyarapító, és ezáltal a sajtó demokratikus szerepének betöltését lehetővé tevő állami szabályozás gátjait. Mi az Egyesült Államokban gyakran megfélelgettünk erről a dologról, és az elmúlt húsz évben e két elvet arra használtuk, hogy megkérdőjelezzük a hozzáférés-szabályozást, és különösen a műsorszabályozást. Csak reménykedhetünk abban, hogy a volt keleti blokk országainak újjáépítési folyamatai során ez a tapasztalat nem ismétlődik meg.

A szabad sajtó létrehozása során jó, ha a reformerek az amerikai tapasztalatokra függesztik tekintetüket, azonban ezt szelektív módon kellene tenniük. Úgy kell megteremteniük az állammal szemben a sajtó autonómiáját, hogy a sajtót közben ne tegyék ki maradéktalanul és teljes mértékben a piaci viszonyoknak. A szigorú és könyörtelen privatizáció, a hozzáférés-szabályozás rideg elutasítása tekinthető a múltbéli diktatúrától való eltávolodásként, de még mindig nagyon messze van 1989 álmaitól.

Owen M. Fiss

Owen M. Fiss 1938-ban New Yorkban született, 1959-ben a Dartmouth College-ben B.A., 1961-ben Oxfordban B.Phil., majd 1964-ben a Harvard jogi karán LL. B. diplomát szerzett. 1964–1965-ben Thurgood Marshallnak, az Egyesült Államok Másodfokú Fellebbviteli Bírósága akkori bírójának, majd a következő évben az ifj. William J. Brennannek, az Egyesült Államok Legfelső Bírósága akkori bírójának írnoka, 1966 és 1968 között az Igazságügyi Minisztérium Magánjogi Osztályának munkatársa volt. 1968 és 1974 között a University of Chicago jogtudományi professzoraként, 1973 őszén szemesztéreiben a Stanford University vendégprofesszoraként, 1974-től 1982-ig a Yale Egyetem jogi professzoraként tanított, majd 1992-től az egyetem Sterling professzor emeritusa és jogi mestertanára.

A *Boston Review* társszerkesztője, a *Foundation Press*, az *Ars Interpretandi* (*Journal of Legal Hermeneutics*), a *DOXA* (*Cuadernos de filosofía del derecho*), a *Journal of Law and Liberation*, a *Law, Economics and Organization*, a *Philosophy & Public Affairs*, a *Yale Journal of Criticism* és a *Yale Journal of Law and Humanities* szerkesztőbizottságának tagja. Emellett az Iran Human Rights Documentation Center, a Vanderbilt Institute of Policy Studies, az Alexander Meiklejohn Institute for Legal Studies, a Seminario Eduardo García Máynez & Isonomia, a Lawyers Committee for Civil Rights Under Law Board of Trustees tanácsadója, a Center for Computer-Assisted Legal Instruction, a John Sloan Dickey Center for International Understanding, valamint a kanadai Center for Constitutional Studies bizottságának tagja.

Szakmai pályafutása alatt Fiss számos kitüntetéssel és elismeréssel jutalmazták: gradális hallgatóként Rutus Choate, Reynolds- és Fulbright-ösztöndíjas is volt, 1993 és 1995 között Humboldt-ösztöndíjat kapott, 1995-ben elnyerte az American Council of Learned Societies ösztöndíját is, valamint az American Academy of Arts and Sciences tagjának választották. 2004-ben megkapta a University of Toronto jogi doktori címét, 2008-ban az Universidad de Palermo díszdoktora lett.

Bibliográfia

Önálló kötetei:

- The Dictates of Justice: Essays on Law and Human Rights.* Republic of Letters, Dordrecht, 2011.
- A Way Out: America's Ghettos and the Legacy of Racism.* Princeton, Princeton University Press, 2003.
- The Law As it Could Be.* New York, New York University Press, 2003.
- A Community of Equals: The Constitutional Protection of New Americans.* Boston, Beacon Press, 1999.
- Liberalism Divided: Freedom of Speech and Many Uses of State Power.* Colorado, Westview Press, 1996.
- The Irony of Free Speech.* Cambridge, Harvard University Press, 1996.
- Troubled Beginnings of the Modern State, 1888–1910.* Cambridge, Cambridge University Press, 1993.
- The Civil Rights Injunction.* Bloomington, Indiana University Press, 1978.
- Injunctions.* New York, Foundation Press, 1972.

Társszerzőkkel írt kötetei:

- Judith RESNIK – Owen FISS: *Adjudication and its Alternatives.* New York, Foundation Press, 2003.
- Robert M. COVER – Judith RESNIK – Owen FISS: *The Federal Procedural System: A Rule and Statutory Source Book.* New York, Foundation Press, 1988.
- Robert M. COVER – Judith RESNIK – Owen FISS: *Procedure.* New York, Foundation Press, 1988.
- Robert M. COVER – Owen FISS: *The Structure of Procedure.* New York, Foundation Press, 1979.